Laura Beck Varela
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutoranda em História do Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha.

Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro

Prefácio
por Bartolomé Clavero

Apresentação da autora
por Judith Martins-Costa

RENOVAR
Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2005

Associação Brasileira para a Proteção dos Direitos Editoriais e Autorais
Respeite o Autor
Não Faça Cópia

Entre nós, todavia, teriam longa duração e fincariam raízes profundas em nosso sistema territorial. No direito brasileiro, o domínio sesmarial será a veste jurídica das concessões de terras feitas pela Coroa aos particulares, núcleo-base da formação da propriedade privada, que ganharia contornos jurídico-institucionais na segunda metade do século XIX.

As vicissitudes de sua aplicação em contexto socioeconômico de todo diverso daquele em que haviam sido concebidas, e as formas que assume, na dialética da economia colonial, o fundamento do cultivo, nosso fio condutor — eis o que se propõe analisar no capítulo vindouro.

em consonância com a doutrina jurídica da época, que rechaçava uma fórmula jurídica tão contrária ao livre-arbítrio do proprietário. Voltaremos a esse tema no item II, 2, *infra*.

2) Sesmarias no Brasil: caminhos e descaminhos do fundamento do cultivo.

a) Conteúdos da propriedade sesmarial no Brasil escravocrata

> "Eu a Rainha. Faço saber aos que este Alvará virem: Que sendo-me presentes em Consulta do Conselho Ultramarino os abusos, irregularidades e desordens, que tem grassado, estão, e vão grassando em todo o Estado do Brazil, sobre o melindroso objecto das suas Sesmarias, não tendo até agora Regimento proprio, ou particular, que os regule, quanto ás suas datas ...
>
> (...) esta Materia, a mais importante, util, e conveniente aos communs interesses de todos os Meus Fiéis Vassallos habitantes naquelles vastos Dominios, resultando da falta de Legislação, e de Providencias, por huma parte prejuízos, e gravíssimos damnos aos Direitos da Minha Real Coroa, e por outra parte consequencias não menos damnosas, e ofensivas do Público Beneficio, e da igualdade, com que devem, e devião ser em todo tempo distribuidas as mesmas terras aos seus Moradores...
>
> (...) E querendo Eu occorrer a todos estes inconvenientes, e outros que Me tem sido até aqui a origem das Sobre ditas Queixas, e das confusões, em que se achão em todo o Estado do Brazil as referidas Sesmarias... Sou servida Ordenar aos ditos Respeitos, o seguinte:..."
>
> Alvará de 5 de outubro de 1795[191]

O princípio da obrigatoriedade do cultivo é, como vimos, a fórmula portuguesa do reinado da efetividade, num universo jurídico "pré-voluntarista", que ainda desconhecia a propriedade enquanto um direito absoluto. Em sua caracterização do "*regno d'effetività*", ilustra Paolo Grossi a realidade jurídica européia do medievo, tendo como paradigma a propriedade feudal, "*propriedade a diversos níveis sobre as terras*"[192], condizente com a hierarquia social de então; bem diversa, por certo, do contexto da sociedade brasileira do período colonial, onde estão ausentes as estruturas agrárias feudais. Para este contexto, quiçá a figura do reino da efetividade não seja a melhor metáfora. Nota comum a ambas as experiências — a européia e a luso-brasileira —, contudo, diz respeito à inexistência da propriedade jurídica absoluta, incondicionada, nos moldes em que foi formulada pelos juristas dos Oitocentos[193]. Com a diferença fundamental de que, no Brasil, o ponto de partida não é uma propriedade de tipo feudal[194], mas sim uma

191 *Alvará de Regimento das Sesmarias no Brazil* in *Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações redigida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva, 1791-1801. Com licença da Meza do Desembargo do Paço*. S. l.: Typografia Maigrense, 1828.

192 A expressão é de VILAR, Pierre. A transição do feudalismo ao capitalismo. In: SOBRE o feudalismo. Lisboa: Estampa, 1978. p.39.

193 A não-absolutização da propriedade como traço comum entre Portugal e Brasil é ressaltada por SMITH. *Propriedade...* p.163, 341-343.

194 Sobre a discussão sobre o feudalismo no Brasil vide GORENDER. *Regime...* p.398, onde ilustra, a respeito do *dominium*: "*No Brasil colonial, não havia condições de vingar um regime territorial baseado na distinção entre domínio eminente ou direto, atribuído ao senhorio, e domínio útil, atribuído a camponeses. Em conseqüência, não seria possível transplantar para cá o 'complexum feudale', aquele diversificadíssimo elenco de tributos privados que em conjunto constituíam a renda feudal em Portugal e em outros países europeus*". Sobre a antiga discussão a respeito do "feudalismo" ibérico já fizemos referência na parte I, "a" (vide nota n °79).

"propriedade *pública*", integrante do patrimônio da Coroa, da qual se passa à propriedade privada moderna.

Também a propriedade sesmarial do Brasil-colônia terá, portanto, um "conteúdo", sendo radicalmente distinta da forma abstrata que tomaria nas leis brasileiras das últimas décadas do séc. XIX. Tal conteúdo (ou conteúdos), expressa-se sob a forma de deveres jurídicos diversos, que variaram conforme as exigências econômicas da conjuntura colonial, e que revelam a existência de uma pluralidade de formas proprietárias sesmariais, ainda que unificadas pelo ato originário da concessão régia. Pressuposto básico para a compreensão da propriedade sesmarial brasileira é, precisamente, o seu caráter *público*, ou seja, o fato dos territórios pertencerem *de jure* à Coroa, sob a jurisdição espiritual da Ordem de Cristo[195].

Explica Capistrano de Abreu que Portugal considerava a nova terra sua propriedade exclusiva, pelas concessões papais, pelo tratado de limites concluído com a Espanha e pela prioridade do descobrimento[196]. Sendo de propriedade pública o território da *Terra Brasilis*, a decisão política de transpor para cá as sesmarias aparece desde as primeiras cartas régias de doações de capitanias hereditárias, em 1530, as quais conferiam ao capitão o poder de concedê-las[197].

195 Assim afirmam COSTA PORTO. O *sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: UnB, s.d., p.34-35; e FRIDMAN, Fania. Rio de Janeiro Imperial: a propriedade fundiária nas freguesias rurais. In: DONOS do Rio em Nome do Rei: uma história fundiária da cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Zahar, Garamond, 1999. p.127.

196 ABREU, Capistrano. Primeiros conflitos. In: CAPÍTULOS de história colonial. 3ª.ed. Brasília: UnB, 1963. p.58. A formulação jurídica acerca do domínio eminente foi por nós referida nesta parte I, 1, "a".

197 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 33. Não nos ocuparemos do regime

Desde um ponto de vista estritamente jurídico, foi, portanto, através dos institutos das sesmarias, datas de terras e legitimação das posses que a propriedade pública gradativamente passou às mãos dos colonizadores particulares[198].

Distinguem-se as *sesmarias* das *datas de terras*, sendo estas as concessões feitas pelos comandantes militares, em geral não maiores do que meia légua quadrada (2.178 ha.), enquanto que as primeiras eram concedidas pelos governadores de capitanias e vice-reis do Brasil, aos "*candidatos a latifúndio*"[199].

---

das capitanias hereditárias, diante de sua exígua duração na história colonial brasileira. Interessa-nos tão-somente lembrar que, no feixe de poderes administrativos e políticos atribuídos ao capitão na respectiva carta de doação, incluía-se o aludido poder de conceder sesmarias, sendo o titular da capitania o primeiro agente da transposição do modelo sesmarial ao Brasil.

198 A regra geral era de que o poder público era o proprietário da terra, e que a propriedade particular era exceção que deveria ser provada. O interessado tinha o ônus de provar sua propriedade nos litígios judiciais (LIMA PEREIRA. *Da propriedade no Brasil*. São Paulo: Casa Duprat, 1932. p. 3). Segundo Fania Fridman, "*o processo de **acumulação primitiva** na Colônia baseava-se na apropriação privada das terras públicas*" (grifos do original) (FRIDMAN. *As propriedades*... p.264).

199 CIRNE LIMA. *Pequena*... p.37. Como os documentos de época utilizam os dois termos indistintamente (não tendo as *datas* legislação própria), e ambas possuíam as mesmas exigências referentes ao cultivo, trataremo-las conjuntamente, sem diferenciação, como expressões de uma forma de domínio condicionada, característica que nos interessa em especial (sobre esta distinção e observações, vide: OSÓRIO, Helen. Regime de sesmarias e propriedade da terra. *Biblos*, v. 5, 1993. p.109). Na Província do Rio Grande de São Pedro, a partir do Edital de 1° de janeiro de 1780, do governador Marcelino de Figueiredo, as datas passam a ser concedidas também com a extensão de 3 léguas quadradas (13.068 ha.), como as sesmarias (OSÓRIO, Helen. *A apropriação da*

A propriedade sesmarial, que na sociedade portuguesa constituía uma dentre as múltiplas formas dominiais, passa a ser, no Brasil-colônia, a regra geral, forma jurídica que instrumentaliza as concessões régias no território a ser explorado. Base legal da transposição desse modelo jurídico é o §9 do já mencionado Título filipino sobre sesmarias, que prevê a doação de terrenos nunca dantes cultivados[200] (a par daqueles que foram abandonados pelos seus senhores — esta a significação mais comum no contexto luso, segundo Oliveira Marques[201]). Eis o elo de ligação entre as sesmarias portuguesas e brasileiras[202]:

---

terra no Rio Grande de São Pedro e a formação do espaço latino. Dissertação (Mestrado em História). Porto Alegre: UFRGS, 1990. p.148).

200 §9: "E sendo as ditas terras, que forem pedidas de sesmaria, matos maninhos, ou matas e bravios, que nunca foram lavrados, e aproveitados, ou não ha memoria de homens, que o fossem, os quaes não foram coutados nem reservados pelos Reys, que ante Nós foram, e passaram geralmente pelos Foraes com as outras terras aos povoadores dellas. Mandamos, que os Sesmeiros, que forem requeridos para as dar, as vão ver; e se acharem, que se podem lavrar e aproveitar, façam requerer o Procurador do lugar, onde as terras stiverem, que falle com os Vereadores, e digam se tem alguma razão, para taes matos, pousios, ou maninhos não darem de sesmaria, e ouçam esse Procurador com a pessoa, que os pedir. E sendo em terra tributaria a Nós, ou á nossa Coroa, ouçam o nosso Almoxarife, se ele não fôr o Sesmeiro. E se acharem, que as terras são taes, que sendo rotas e aproveitadas, ou lavradas e semeadas, darão pão, vinho, azeite, ou outros fructos, e que durarão em os dar a tempos, ou a folhas, ou em cada hum anno, e que não farão grande impedimento ao proveito geral dos moradores nos pastos dos gados, criações e logramento de lenha e madeira para suas casas e lavouras, dêm os ditos maninhos de sesmaria..." (Livro IV, tít. XLIII, cit.).

201 Explica Oliveira Marques a lei sesmarial de 1375: "*Na maioria dos casos, essas sesmarias não se aplicavam a terras virgens, amanhadas de novo, nem a terras sem dono, como outrora. Para tanto faltava população. O que interessava era procurar repor em cultivo terras que já o*

"A aplicação da palavra 'sesmaria' a terrenos nunca dantes lavrados, em Portugal, explica a inevitabilidade da transferência desse instituto para o Brasil quando a Coroa defrontou o problema da colonização. Era este o único meio legal para a apropriação da terra (...)".[203]

Trata-se da "transferência", "transplante" do modelo jurídico português, que fora criado como resposta a uma crise de abastecimento, posteriormente conjugada com um fenômeno de queda demográfica, no contexto do velho e diminuto reino europeu. As motivações da realidade colonial, onde se procurará, fundamentalmente, viabilizar a produção em terras virgens[204], conduziriam, naturalmente, a transformações do sistema das sesmarias, trazido para uma realidade profundamente diversa daquela em que fora concebido. A inversão semântica operada na colônia, onde o vocábulo "sesmeiro" passa a indicar aquele que é concessionário de terras de sesmaria[205], e não o distribuidor e

haviam tido e que a rarefacção da mão-de-obra rural, aliada às transformações de tipo social e econômico (por exemplo, a concentração de vastas herdades nas mãos dos institutos religiosos, mal adaptados ainda para as explorar), convertera em baldios" (OLIVEIRA MARQUES. *Sesmarias, Lei das (1375)*.).

202 VIEIRA FERREIRA. As sesmarias: notas e comentários. Revista Forense, v. 93, p. out. 1947. p. 538.

203 RIOS. *Origens*... 149. No mesmo sentido, qualificando como "inevitável" a transplantação das sesmarias, CIRNE LIMA. Pequena... p. 32. Falar em "inevitabilidades", todavia, equivale a um certo determinismo histórico, do qual não compartilhamos, visto serem os acontecimentos históricos fruto de opções humanas em determinadas conjunturas, e não obra do acaso ou de forças naturais necessárias.

204 SANCHES, Marcus Guimarães. As sesmarias no processo de colonização: nota prévia de pesquisa. REUNIÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DA PESQUISA HISTÓRICA, 16, 1996. *Anais*... p.133.

205 Cândido Mendes de Almeida, *Código Philipino*, cit., nota n °3,

fiscal das terras concelhias lusitanas, é como um reflexo, no plano lingüístico, das alterações de fundo que acometem o instituto. A escolha da fórmula jurídica encobre, ainda, a exclusão *a priori* da população indígena local que pudesse estar ocupando o espaço: "terras virgens" significam, com mais exatidão, virgens de anterior ocupação portuguesa.

Rompendo com o senso comum da historiografia jurídica, que trata o tema sesmarial em termos de "desvios"[206], "distorções"[207], "deformações"[208] ou, ainda, "transplantação fatal"[209], procuraremos identificar as *adaptações* — terminologia que se nos afigura mais adequada diante desta peculiar continuidade entre os dois sistemas, o português

p.822. Raymundo Faoro sintetiza: "*As glebas desaproveitadas corresponderam, na América, às terras virgens, trocado o sentido de 'sesmeiro', originalmente, o funcionário que dá a terra, para o titular da doação, o colono*" (FAORO. *Os donos*... p. 141). Desde o período das capitanias hereditárias, competia aos capitães conceder terras de sesmarias, atribuição que passou, posteriormente, a ser dos governadores e vice-reis de províncias. Esse fato possivelmente tem relação com a curiosa inversão de significado que a palavra "sesmeiro" recebe no Brasil — mais um signo das formas peculiares que aqui tomou o instituto.

206 SODERO, Fernando Pereira. O *Estatuto da Terra*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1982. p. 12.

207 COSTA PORTO. Sesmarialismo e estrutura fundiária. *Incra. Revista de direito agrário*, n°1, 2°.trim. 1973, p.43. Essa visão parece atada a uma certa vertente positivista, que, segundo Wieacker, concebia o direito "*...como a mera soma de normas e princípios, que se possam sem mais transferir para outras comunidades jurídicas, pois o positivismo despreza a dependência do direito em relação aos seus pressupostos culturais e éticos e às suas oportunidades de realização social e histórica*" (WIEACKER. *História*... p. 134-135). A proposta de uma compreensão histórica exige, naturalmente, o rompimento em relação a tal pressuposto.

208 CAETANO. *As sesmarias*... p.9.

209 COSTA PORTO. O *sistema*... p. 34.

e o brasileiro. Os diversos elementos que compõem o conteúdo da propriedade sesmarial ao longo de sua trajetória na história territorial brasileira são, a nosso ver, *signos da adaptação do instituto à nova realidade*[210], mostras de uma maleabilidade jurídica pouco notada entre os analistas.

Rejeitando o maniqueísmo implícito à noção de "desvirtuamento"[211], que parte da premissa de que a sesmaria brasileira é "errada"[212], em comparação com o modelo supostamente ideal apresentado pelo direito luso, procurar-se-á examinar as vicissitudes que marcam a aplicação dessa legislação em solo pátrio, em especial na medida em que consagram uma forma de propriedade não-absoluta, condicionada por deveres jurídicos os mais diversos a compor esse peculiar conteúdo dominial[213].

Pressupostos para a compreensão adequada desse fenômeno do "transplante jurídico" e dos novos deveres que se agregam à propriedade sesmarial, são as bases da política mercantilista que orienta as relações econômicas entre metrópoles européias e colônias americanas. Nestas, palco de saques, pilhagens e exploração[214], as estruturas que se or-

210 Com semelhante conotação, o termo *adaptação* é utilizado por SILVA. *Terras devolutas*.... p.39, e SANCHES. *As sesmarias*... p.133.

211 FAORO. *Os donos*... p.144.

212 Nesse sentido é significativo o título de um dos capítulos da obra de COSTA PORTO. O erro do sesmarialismo colonial. In: O *sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: UnB, s.d.p.42; e, recentemente, na obra de Leandro Ribeiro da Silva, o capítulo "*Do equívoco na adoção do sistema sesmarial*" (SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.98).

213 Assim, é coerente a afirmação de Roberto Smith, de que a propriedade sesmarial, pública, não-absoluta, condicionada, era instrumento de reforço ao escravismo, e teria contribuído para retardar a constituição da propriedade privada nos moldes liberais (SMITH. *Propriedade*... p.148, 158, 343-354).

214 A pilhagem e a exploração colonial são fatores de enriquecimento

ganizam para atender à demanda da generalização de mercadorias[215] são, fundamentalmente, o *latifúndio*, núcleo da agricultura voltada à exportação, e a utilização da *mão-de-obra escrava*. A *renda do escravo* é a categoria econômica fundamental nesse contexto[216], onde a propriedade de escravos tem maior importância do que a possessão de terras[217], pois é o que instrumentaliza a produção, além de exigir valioso investimento por parte do senhor (enquanto

das potências européias, que compõem o conhecido processo de "acumulação primitiva do capital", ao lado da expropriação fundiária e da proletarização das massas rurais do velho continente (vide a síntese de VILAR. *A transição*... p. 45 et seq.)

215 Smith, rejeitando a imposição mecânica das categorias marxistas à realidade das colônias americanas, explica que a lógica interna da economia destas deve ser compreendida no movimento hegemônico do capital mercantil, que impõe a tendência de generalização da produção de mercadorias. O capitalismo mercantil difere do modo de produção capitalista mais acabado, que é o do capital industrial (SMITH. *Propriedade*... p. 138-139; 151, 157).

216 SMITH, op. cit. p. 129.

217 GORENDER. *Regime*... p. 399. Smith, analisando a economia da colônia, vinculada à expansão do capital mercantil, assinala: "*A principal característica... não será a da propriedade privada capitalista da terra, mas sim a da propriedade de escravos; e o não-aparecimento da renda da terra como categoria fundamental, mas sim, a da renda do escravo, que estará presente à lógica da acumulação mercantil*". (SMITH, op. cit. p. 141). "... *sob o predomínio do capital mercantil, o 'agricultor' ou a 'classe dos agricultores' são, antes, proprietários de escravos que de terras. Este é o sentido assegurado pela própria configuração jurídica da concessão de terras sob o regime sesmarial transplantado de Portugal para o Brasil desde 1530. Propriedade distribuída, concedida mediante condicionamento de sua exploração mercantil efetiva, com cláusula de reversibilidade*". (*Idem*. p. 147). Cita também ALENCASTRO, Luis Felipe: "... *a essência da propriedade colonial é o controle e a possessão do trabalho e não a detenção e o uso da terra*" (*Le Commerce des Vivants: Traité d'Esclaves et 'Pax Lusitana' dans L'Atlantique Sud*, p. 194, *apud* SMITH. *Pequena*... p. 160-161).

que a terra era doada gratuitamente pela Coroa portuguesa)[218].

Assim, gradativamente, a economia colonial, baseada no latifúndio escravocrata, faz-se transparecer na legislação e nas cartas de concessão de sesmarias[219]. Os germes dessa transformação são trazidos, segundo Cirne Lima, pelo Regimento de Tomé de Souza — *Regimento dos Provedores da Fazenda del Rei Nosso Senhor nas Terras do Brasil* —, primeiro governador nomeado, que data de 1548[220]. Neste, constava princípio estranho ao ordenamento sesmarial luso, relativo à concessão de terras para a construção de *engenhos-de-açúcar*[221]. É o que indica o capítulo XI do referido Regimento, onde está presente também a preocupação de defesa militar do território, com a menção à "torre ou casa forte":

218 "*A Coroa doava a terra. Era generosa nessa doação. Mas não doava o escravo. O escravo fazia parte do investimento inicial. Valia mais do que a terra; muito mais, pois que a terra nada valia (...) Mais preciosa para o senhor era a propriedade do escravo do que a da terra. Esta era abundante e praticamente gratuita. O escravo só podia ser obtido por compra, e não era barato. Ter ou não ter escravos era a questão fundamental. Aquele que não os tivesse, por mais extensas que fossem suas terras, nada tinha. O prestígio do senhor media-se por uma só unidade: o escravo*". (SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*, p. 71, *apud* GORENDER. *Regime...* p.401).

219 *Idem*. p. 394.

220 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 35.

221 *Idem*. p. 36, SILVA. *Terras devolutas...* p.46. Como sintetiza Hebe Castro, "(...) *precocemente* ***o Regimento de Tomé de Souza atualiza a legislação fundiária portuguesa para as condições da colônia, priorizando o ter recursos para explorar e defender a terra*** *sobre o mérito ou posição social, que na realidade colonial, isolados, pouco ou nada significavam*" (grifamos) (CASTRO, Hebe. *Ao sul da história*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.117). A relação entre *status* social e concessão de sesmarias será retomada a seguir.

> "As aguoas das ribeiras que estiverem dentro no dito termo em que ouver disposições para se poderem fazer engenhos daçucares ou doutras quaesquer cousas dareis de sesmaria livremente sem foro allgû e as derdes para engenhos daçucares será a pessoas que tenhão possibilidade para os poderem fazer no tempo que lhes limitardes... e as ditas pessoas se obriguarão a fazer cada hum em sua terra hua torre ou casa forte da feição e grandura que lhes decrarardes nas cartas..."[222]

Dois novos elementos integram, portanto, o conteúdo dominial: o dever de contribuir para com a proteção das terras da Coroa, mediante edificações militares, e o direcionamento da produção agrícola ao cultivo da cana. O antigo princípio do fundamento do cultivo ganha, destarte, os moldes da monocultura para exportação. A "*finalidade açucareira*" imposta às sesmarias pelos interesses mercantis da Coroa está entrelaçada com outro elemento basilar da economia colonial, que já mencionamos: a posse de *escravos*[223], fator que viabiliza a produção do açúcar para exportação, e que deveria ser comprovado pelo pretendente às terras. O genérico dispositivo das Ordenações, no sentido de que as terras deveriam ser dadas a quem as pudesse aproveitar, oferece respaldo a esses novos elementos que preenchem o conteúdo dominial[224].

222 *Apud* CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 36. A determinação do Conselho Ultramarino, de 3 de novembro de 1621, que ordenava não se construir engenhos a menos de légua um do outro, procurava resguardar o sistema produtivo (VARNHAGEN, *apud* SANCHES. *As sesmarias...* p. 133).

223 O escravismo adequa-se à lógica da acumulação mercantil e, aliado à propriedade não-absoluta da terra, constitui obstáculo à transição para um regime de trabalho livre, assalariado, e à mercantilização da terra (SMITH. *Propriedade...* p.142, 147-148, 158).

224 A esse respeito, comenta Cirne Lima que "O *velho preceito das*

Assim, haver escravos, em muitos casos, será condição para receber terras de sesmaria. É o que consta nos diversos requerimentos e em alguns diplomas legislativos emanados da Coroa. Exemplos que ilustram esse movimento de conformação do instituto à economia escravocrata são, dentre outros, o Alvará de 8 de dezembro de 1590[225], o Relatório do Marquês de Lavradio, de 19 de junho de 1779[226], a Carta de 1753 e o Alvará de 5 de outubro de 1795. Este, em seu §11, proibia a posse de mais de uma sesmaria, mesmo que por compra ou herança. Mas "*acontecendo haverem tão poderosos lavradores que uma só sesmaria de 3 léguas é insignificante terreno para adiantarem e aumentarem as suas culturas*", ordena "*possa cada um dos sesmeiros possuir duas ou mais sesmarias contanto que tenham possibilidades e número de escravos, que inteiramente cultivem umas e outras terras... ficando obrigados no termo de 2 anos requererem no Conselho Ultramarino a confirmação delas*". No §12 exigia a venda ou alienação das terras recebidas, no prazo de dois anos, caso não tivesse o senhor "*possibilidades e escravatura*" para cultivá-las[227]. Também nos requerimentos de concessão de sesmarias, como aqueles citados por Helen Osório[228], aparece o argumento da posse de escravos.

Sintetiza Gorender esse movimento de conformação à lógica econômica escravocrata:

> "As relações escravistas, como não poderia deixar de acontecer, adquiriram expressão econômica e jurídica na propriedade territorial escravista, por mais que o disfarçassem certos apêndices institucionais transplantados de Portugal e que, no Brasil, tiveram vida mirrada ou adquiriram função diferente da original"[229].

Por certo quer o autor referir-se ao "apêndice institucional" das sesmarias que, originariamente, não tinham qualquer relação com o modo de produção escravista, mas que, em novo contexto, têm seu conteúdo moldado às exigências econômicas da colônia:

> "A história do regime territorial no Brasil colonial permite aferir como a instituição portuguesa da sesmaria foi amoldada aos interesses dos senhores de escravos, mesmo quando, sob certos aspectos, se lhes opunha a orientação do governo metropolitano. Da forma jurídica original se conservou na Colônia apenas o que convinha ao novo conteúdo econômico-social escravista"[230].

Ordenações... tomara, em nosso território, feição peculiar atenta a medida descomunal, que já então a cupidez fixara como de uso aos colonizadores, em matéria de propriedade" (CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 35).

225 "*Eu, El-Rey, faço saber...que pela informação que tenho do grande benefício e muito proveito que se poderá conseguir a meus vassalos de se povoarem as terras do Brasil, e querendo que os frutos e proveitos delas se lhe comuniquem, para que com mais facilidade as queiram povoar e viver nelas, para as lavrar e aproveitar, hei por bem... **lhes sejam dadas terras de sesmarias, para nelas plantarem seus mantimentos e fazerem roças de canaviais para sua sustentação*** etc." (grifos nossos) (Doc. para História do Açúcar, p.377, *apud* COSTA PORTO. O *sistema*... p.94. Citado também por FONSECA, José Eduardo da. Legislação de terras: páginas da história territorial do Brasil. *Revista Forense*, v.38, 1922, p.270).

226 *Apud* GORENDER. *Regime*... p. 394.

227 *Alvará de Regimento das Sesmarias no Brazil.*

228 Dos 114 requerimentos de datas examinados pela autora, no Rio Grande do Sul entre 1780 e 1781, 28 alegavam a posse de escravos (OSÓRIO. *A apropriação*... p.150).

229 GORENDER. *Regime*... p. 399.

230 *Idem*. p. 397. É patente, aqui, o desprezo do historiador pelo

O mesmo Regimento de 1548 permitia a *alienabilidade* das sesmarias, após o prazo de três anos. Esta é, ao lado da *alodialidade*[231], importante traço da sesmaria brasileira, signo da sua adequação à dinâmica do escravismo[232], e que revela, segundo Gorender, uma tendência a um direito *pleno* da propriedade da terra, que conflitua com as restrições legais[233]. Não é ainda, contudo, um direito pleno, tanto pela previsão do ordenamento positivo[234], quanto pela intervenção da Coroa, que por diversas vezes atuou no sentido do cumprimento da legislação[235].

significado que possa ter determinada forma jurídica; desprezo que conduz, pelo extremo oposto, à mesma conclusão da historiador do direito tradicional, quando trata de um mero "transplante" sem maiores considerações a serem feitas.

231 Segundo PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil e outros estudos*. s.l., s.ed.1957, p.14.

232 GORENDER. *Regime*... p. 380-381, 388-389. Lígia Silva menciona a generalização das compras e vendas de terras (SILVA. *Terras devolutas*... p.44-45).

233 "O *que me parece importante é destacar a impotência das barreiras legais à tendência inerente ao escravismo no sentido do princípio do direito pleno à propriedade privada da terra. Em tese, a legislação das sesmarias não supunha esse direito pleno, uma vez que a doação da terra, subordinando-se à cláusula do cultivo, era revogável. Na realidade dos fatos, prevalecia a força social dos latifundiários, que conservavam a propriedade de extensões muito superiores às suas possibilidades de aproveitamento*" (GORENDER, op. cit. p. 395).

234 O autor utiliza o termo "direito pleno", não no sentido técnico-jurídico, mas para salientar o generalizado descumprimento da legislação. No sentido jurídico *stricto sensu*, o "direito sesmarial" à terra, a despeito de sua mencionada "tendência à plenitude" na prática, não se confunde com o direito de propriedade privada absoluto — mesmo porque a formulação jurídica deste ainda estava em curso, e viria a ser consagrada pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, e pelo Código de Napoleão, de 1804 (vide parte III, 1, "a", *infra*).

235 GORENDER, op. cit., p.395-396. Também Sanches menciona

Cabe ressaltar, portanto, mais uma vez, o caráter de domínio condicionado, não-absoluto, não pleno, cuja transformação constitui o fio condutor da presente investigação. Investigação voltada, sim, à especificidade do fenômeno jurídico na história, mas que não se pretende fechada à estreita compreensão oferecida pela leitura exclusiva da historiografia jurídica[236], tampouco fechada ao debate centrado na "verdadeira natureza jurídica" da propriedade sesmarial, que ocupa a atenção de alguns estudiosos[237]. Na

exemplos concretos de intervenção do poder régio (SANCHES. *As sesmarias*... p.133).

236 A busca da *especificidade do jurídico* não tem, aqui, o sentido positivista de afastar o direito da política e a história do direito da história geral: quer-se, sim, visualizar as formas jurídicas em sua articulação com a dinâmica dos interesses sociais. Sobre o direito como *discurso* e como *espaço* social de produção desse discurso e de exercício da autoridade jurídica, em relativa dependência quanto às demandas externas, vide BOURDIEU (The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. Trad. Richard Terdiman. *The Hastings Law Journal*, v.38, julho 1987, p.4. (originalmente publicado em *Actes de la recherche en sciences sociales*, v.64, 1986).

237 Leandro Ribeiro da Silva menciona algumas teses sobre a natureza das sesmarias, como a de que não se tratava de uma mera posse, mas "alcançava outros patamares jurídicos", pois eram recebidos a posse direta da terra e também deveres (SILVA. *Propriedade*... p.81). Noutra parte, afirma que o sesmeiro recebia o domínio útil e resolúvel da terra, e cita o jurista português Piedade Miranda, no sentido de que se tratava de direito real de propriedade sobre coisa alheia, limitado por uma servidão pessoal. No entendimento de Ribeiro da Silva, era propriedade sujeita ao cumprimento de sua *função social* (*Idem*, p.83-84) — princípio jurídico que, todavia, é de mui posterior formulação. Paraguassú Éleres afirma que o título sesmarial equivalia a uma "promessa de compra e venda", ou a um título provisório, cuja definitividade dependia do cumprimento das cláusulas resolutivas da posse e cultivo, demarcação e confirmação (ÉLERES, P. Sesmarias. In: CURSO de direito fundiário. Manaus: Unama, Universidade do Amazonas. mi-

perspectiva aqui adotada, é-nos suficiente constatar que se trata de uma *forma de apropriação*, que aqui denominamos "propriedade" não-absoluta, condicionada por inúmeros deveres, e que se aproxima de uma concessão ou privilégio[238] — por oposição ao direito de propriedade da doutrina jurídica liberal clássica.

A par do escravo, outra peça-chave da economia colonial, diretamente relacionada com os deveres que integram a propriedade sesmarial, é o *latifúndio*.

No Brasil e em outras colônias americanas, a forma da agricultura de plantagem exige a grande propriedade de terra e a mão-de-obra escrava[239]. Os engenhos-de-açúcar, pela sua estrutura de funcionamento, precisavam de extensas áreas: grande parte para o cultivo da cana, outra para as pastagens e cultivo de gêneros alimentícios, matas para extração da lenha e materiais de construção, barreiros para a extração da matéria-prima dos artigos de olaria (fôrmas para purga do açúcar, telhas e tijolos), área para construção da represa (para os engenhos movidos a roda d'água) e, ainda, área para edificações residenciais e produtivas[240].

Outras culturas que movimentaram a economia colonial, tais como a do algodão e a do café, pelo seu caráter itinerante e pelo rápido esgotamento do solo, igualmente exigiam extensas porções de terras[241], como explica Hebe Castro:

> "Se a obtenção legal de sesmarias era relativamente fácil para quem tinha 'cabedais e escravos', as necessidades de terra dos fazendeiros iam muito além das áreas efetivamente cultivadas, dado o caráter itinerante dos sistemas agrários adotados. As áreas de terras 'virgens' para a expansão das culturas, fornecimento de madeira e pastos constituíam parte integrante das fazendas rigorosamente preservadas e defendidas. A apropriação de uma extensão de terras muito maior do que as necessidades imediatas da lavoura consistia em condição indispensável à possibilidade de reprodução ampliada da grande fazenda.
> (...) Sem a compreensão do funcionamento do sistema agrário da agricultura de exportação, ou seja, sem a apreensão de que as terras incultas também faziam parte da fazenda quando o sistema estava em expansão, não se pode apreender adequadamente o significado

meo.). Não nos ocuparemos com detalhes desta questão, ante os objetivos propostos, e por arriscar-se uma infrutífera projeção de categorias jurídicas da atualidade a contextos passados (SALDANHA, N. O *problema da história*..., cit., p.76; e também: GROSSI. *Un diritto*... p.267).

238 Para CIRNE LIMA (*Pequena*... p.23 e 25.), concessão de natureza administrativa.

239 Sérgio Buarque de Holanda sintetiza a formação desses núcleos de produção agrícola baseados no latifúndio e na escravatura: "... *a boa qualidade das terras do nordeste brasileiro para a lavoura altamente lucrativa da cana-de-açúcar, fez com que essas terras se tornassem o cenário onde, por muito tempo, se elaboraria em seus traços mais nítidos o tipo de organização agrária mais tarde característico das colônias européias situadas na zona tórrida. A abundância de terras férteis e ainda mal desbravadas fez com que a grande propriedade rural se tornasse, aqui, a verdadeira unidade de produção. Cumpria apenas resolver o problema do trabalho. E verificou-se, frustradas as primeiras tentativas de emprego do braço indígena, que o recurso mais fácil estaria na introdução de escravos africanos*" (BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Brasília: UnB, 1963. p. 24).

240 GORENDER. *Regime*... p. 374.

241 *Idem*. p. 375; CASTRO. *Ao sul*... p. 118.

econômico do monopólio da terra na vigência do trabalho escravo."[242]

A prática da grande lavoura, com *"braço escravo e terra farta, terra para gastar e arruinar, e não para proteger ciosamente,"* nas palavras de Sérgio Buarque de Hollanda[243], necessita, assim, do latifúndio, elemento base da formação colonial, viabilizado pela forma jurídica da sesmaria. Isso enseja uma interpretação equivocada, bastante difundida na historiografia jurídica tradicional, no sentido de que tal legislação seria a responsável pela formação dos latifúndios no território brasileiro[244], como se estes fossem a resultante mecânica da concessão das sesmarias, ou da impregnação de um "espírito latifundiário"[245], e não um

242 CASTRO. *Ao Sul*... p. 118-119. Prossegue a autora: *"Apesar ou em função disto, mesmo durante o século XIX, a terra não se constituía em equivalente de capital e somente parcialmente se transformava em mercadoria"* (*Idem*, p. 119). Na parte II, procuraremos analisar a legislação que cristalizará esse processo de mercantilização da terra e, posteriormente, a consagração da propriedade jurídica absoluta no direito civil brasileiro.

243 BUARQUE DE HOLANDA. *Raízes*... p. 25. Sintetiza Fania Fridman, comentando a estreita relação entre disponibilidade de terra e mão-de-obra: *"A monocultura do açúcar que utilizava técnicas arcaicas gerava desgaste e baixa rentabilidade do solo e, assim, impunha a conquista de novos lotes..."* (FRIDMAN. *Rio de Janeiro*... p.126).

244 COSTA PORTO. O *sistema*... p.48; JUNQUEIRA. *Breve introdução*... p. 20;

245 Essa a tese de Cirne Lima, citando lições de Oliveira Vianna, expostas em *Evolução do Povo Brasileiro*, de 1933 (CIRNE LIMA. *Pequena*... p.36). Também é repetida por SODERO. O *Estatuto*... p. 12; RIOS, op. cit., p.152; e JUNQUEIRA. *Terras devolutas*... p.160. Recebe as críticas de CASTRO. *Ao sul*... p.117 e de Gorender, o qual ataca especificamente o dogma da associação latifúndio-feudalismo (GORENDER. *Regime*... p.397).

produto da dinâmica do sistema colonial[246]. Mais do que um espírito aristocrático e latifundista[247], a estrutura dos núcleos econômicos de produção agrícola, descrita por Hebe Castro, auxilia-nos a compreender a existência de tamanhas extensões de terras incultas[248], em áreas concedidas a título de sesmaria, juridicamente sujeitas ao dever de cultivo expresso nas Ordenações. Por isso a freqüente

246 Chama a atenção, com acerto, SANCHES. *As sesmarias*... p. 133. O nexo necessário entre o regime jurídico das sesmarias e a formação dos latifúndios não se sustenta diante da consideração de outros fatores. Lígia Osório Silva refere-se a outros modos de apropriação de grandes extensões, como as posses, que coexistiram com as sesmarias; e também ao fato de que em 1822, ano da extinção das concessões sesmariais, apenas uma pequena parte do território estava apropriada (SILVA. *Terras devolutas*... p. 59-60, 66, 74). Helen Osório menciona a monopolização das terras e a formação de latifúndios como traço comum a todo o espaço platino, a despeito das diferenças nos ordenamentos jurídicos de cada um dos impérios coloniais (OSÓRIO. *A apropriação*... p.169). Assim, a dinâmica da apropriação de terras na colônia não pode ser devidamente compreendida pelo mero exame das regras jurídicas existentes, mas sim pelos embates entre as forças sociais em conflito (OSÓRIO. *Regime de sesmarias*... p.101).

247 A tese do espírito aristocrático, herança portuguesa que vincularia *status* social e propriedade da terra, não explica a dinâmica econômica que orientou a apropriação de nosso espaço territorial. Ilustra, porém, um traço cultural duradouro, que associa riqueza econômica, *status* social (freqüentemente ligado a feitos militares), e propriedade da terra, ou *"posse de sesmaria"*, como retrata o personagem Riobaldo Tatarana: *"Soubessem que esse Seo Ornelas era homem bom descendente, posseiro de sesmaria. Antes, tinha valido, com muitos passados, por causa de política, e ainda valesse, compadre que era do Coronel Rotílio Manduca em sua Fazenda Baluarte"* (ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.398).

248 Sintetiza Sanches: *"A constituição da grande propriedade é, pois, uma necessidade do sistema, não para impedir a pequena propriedade em si, mas o 'desvio' do uso da terra para atividades não mercantis"* (SANCHES, op. cit., p. 134).

acusação de "letra morta" à legislação das sesmarias, sob cujo manto se acobertavam, por certo, diversos abusos na apropriação de grandes extensões[249].

Essa estrutura, que não só favorecia[250] como necessitava de parcelas de terras não aproveitadas, explica não só a difundida prática das doações extensas, como também uma característica essencial do domínio sesmarial, que é a *imprecisão de seus limites*[251] — traço que não se coaduna com a propriedade absoluta que se formaria juridicamente no séc. XIX, e que está na origem de muitos dos conflitos agrários ocorridos durante o período colonial. A imprecisão de limites é mencionada nas próprias cartas e requerimentos, como a que foi dada a Jerônimo Dornelles de Menezes[252], vulgarmente conhecido como Jerônimo de Ornelas, fundador da cidade de Porto Alegre, antigo Porto dos Casais. Também a carta dada a Antônio Cabral de Mello,

249 Sob a legislação sesmarial, simultaneamente às grandes concessões, há inúmeros casos de pequenas datas, como aquelas distribuídas na cidade do Rio de Janeiro, citadas por Sanches (Códices 778 e 779 do Arquivo Nacional, *apud* SANCHES. *As sesmarias*... p.135). Sobre o caráter de "letra morta", vide nota nº283, *infra*.

250 Segundo Helen Osório, a complexidade dos trâmites burocráticos exigidos para requerer uma sesmaria contribuiu para o processo de monopolização das terras, barrando o acesso de amplo setor da população (OSÓRIO, op. cit., p.12-13).

251 SILVA. *Terras devolutas*... p.43-44.

252 "*Diz Jerônimo Dornelles de Menezes, á pella carta de cismaria junta conta eaverlle feito merse della em nome de N. Mag. Gov. Capp. General da Capitania de Sao Paulo e Minas, em* ***a extensao e confrontaçoens da mesma... incerta*** (...)" (grifamos). PORTUGAL. Arquivo Histórico Ultramarino. *Carta de sesmaria passada por D. Luis Mascarenhas, governador e capitão-general da capitania de São Paulo em 5/nov./1740 a Jerônimo Dornelles de Menezes*. São Paulo: Arquivo histórico ultramarino (AHU), caixa 15, doc. cat n °1458). Agradeço a Helen Osório essa referência.

morador do Rio Grande, ilustra a dificuldade prática de apontar os limites à propriedade sesmarial, sendo usuais as alusões a acidentes geográficos e a marcos naturais, como rios, clareiras, espigões, picos, e sesmarias de terceiros:

> "Faço saber a os que esta Minha Carta de Sesmaria virem, que atendendo a reprezentar-me Antonio Cabral de Mello, morador no Continente do Rio Grande, que elle pertendia formar hûa Estancia de Animais Vacuns e Cavallares, para cujo fim os tinha comprado, e porque não tinha campos, a onde o podesse fazer, queria se lhe consedesse por Sesmaria hum Rincão que se achava devoluto na Costa do Rio Jaguarão grande, do Paso do Porto para sima, dividindo-se pelo Oeste com hum Arroyo, que desce da Coxilha, e dezagoa no ditto Jaguarao; e pelo Leste com Campos de José Francisco de Faria, fazendo frente ao Norte, e fundo ao Sul, o qual Rincao terá tres legoas em quadro..."[253]

Tal quadro fundiário, resultado direto da estrutura de produção agrícola descrita por Hebe Castro, explica também a publicação de uma profusão de ordens, avisos e cartas régias, onde, freqüentemente, invocava a Coroa o *dever de cultivar* a terra. Diplomas como o já citado *Regimento dos Provedores da Fazenda del Rei Nosso Senhor nas Terras do Brasil*, de 1548, instituíam a obrigatoriedade de cultivar as terras recebidas de sesmaria, o que deveria ser fiscalizado pelas autoridades fiscais e, em caso de descumprimento, as terras deveriam reverter ao Estado e ser dadas a quem as cultivasse[254].

253 PORTUGAL. Arquivo histórico ultramarino (AHU). *Documentos avulsos*. Rio Grande do Sul, 1730-1807, Caixa 18, doc. n °2, Porto Alegre, 17/04/1806.

254 GORENDER. *Regime*... p. 395.

Semelhante orientação aparece na Provisão de 25 de outubro de 1571, declarando que seriam tidas como devolutas as terras que não fossem aproveitadas[255]; no Alvará de 21 de agosto de 1587, que ordenava dar de sesmaria ao gentio que descesse do sertão para fazer lavoura[256]; e, ainda, no Alvará de 8 de dezembro de 1590, que também continha menções de incentivo ao cultivo[257]. A partir da Carta Régia de 16 de março de 1682, dirigida ao governador do Rio Grande do Norte, promulgam-se diversas ordens mandando revogar as sesmarias mantidas incultas[258].

Um dos mais importantes alvarás do período colonial foi o de 5 de janeiro de 1785, que, segundo Cândido Mendes de Almeida, dizia que *"as dadas ou datas de sesmarias sempre forão concedidas com a condição essencialissima de se cultivarem suas terras"*[259].

A mesma condição comparece nos requerimentos para concessão de sesmaria no Rio Grande, nos quais se alegava a posse da terra e seu cultivo[260]. Também na burocracia que marcava o processo de obtenção de sesmarias, o *cultivo* aparece como fundamento jurídico. O requerente encaminhava pedido para o Governador da Província, o qual pedia

255 Cit. por SANCHES. *As sesmarias*... p. 133. O governador do Rio de Janeiro, Cristóvão de Barros teria aplicado a legislação, fazendo revogar várias concessões na Ilha Grande (cf. Varnhagen, *Historia Geral do Brasil*, t. I, 1956, p.347, *apud* SANCHES, op. cit. p.133). O mesmo sujeito teria recebido três extensíssimas concessões em 13 anos (1566-1579), suplantada a sua capacidade de cultivo, lançando mão do arrendamento (SANCHES. *As sesmarias*... p. 134).

256 Cit. por SANCHES. *As sesmarias*... p.133.

257 Trecho transcrito na nota nº225.

258 *Apud* GORENDER. *Regime*... p. 395.

259 Cit. por Cândido Mendes de Almeida, Código Filipino, nota nº4, parág. 3, tit.XLIII, liv. IV, p. 823.

260 OSÓRIO. *Regime de sesmarias*... p. 105.

informações ao Provedor da Real Fazenda e à Câmara Municipal. Após, o Governador (e, de 1763 em diante, o Vice-Rei) expedia a carta de sesmaria em duas vias, devendo haver o registro nos livros da Provedoria, para controle, e o encaminhamento da carta para o Conselho Ultramarino, a quem competia confirmá-la.

Para esta confirmação é que eram exigidas novas informações sobre o *efetivo cultivo*, prestadas pelos procuradores da Fazenda e da Coroa. A carta de confirmação seria expedida logo após[261]. Com o translado da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, decorrência do bloqueio continental imposto por Napoleão, o trâmite simplificou-se: à recém criada Mesa do Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro, competiria centralizar os processos de concessões. A esta época, no entanto, já viviam as sesmarias brasileiras seu crepúsculo, como mais adiante examinaremos.

Em consonância com a orientação voltada ao estímulo do cultivo — preocupação permanente por parte da Coroa —, e diante das já mencionadas estrutura dos núcleos de produção agrícola e imprecisão quanto às fronteiras das concessões sesmariais, são constantes as ordens régias no sentido de impor *limitações quanto à extensão*, acompanhadas do *dever de registrar*, presente desde 1549[262] — deveres que inexistiam na legislação filipina[263].

261 O prazo para confirmação era de até 3 anos, passando a ser de 2 anos após 1750 (*Idem*. p. 105-106).

262 Para Lígia Osório Silva, o regimento dos provedores, de 1549, obrigava o sesmeiro a registrar a data nos livros da Provedoria. Com isso, visava a Coroa saber quais terras estavam sendo doadas, para evitar futuros prejuízos a direitos de terceiros, concedendo território já ocupado (SILVA. *Terras devolutas*... p.45).

263 Segundo Cândido Mendes de Almeida, Código, cit.,nota ao §3º, p.824: *"No Brasil não havia limite certo para as concessões. As sesmarias variavão. Ora as datas ou dadas erão de meia, ora de légua qua-*

Variava, na legislação e nos documentos da época, a extensão máxima imposta às concessões. O testemunho de um Procurador da Coroa registrava que *"o estilo que se observa nesta Capitania he darem-se tres léguas de sesmaria a cada pessoa"*[264]. Até 1697, as concessões eram de até 5 (cinco) léguas. A carta régia de 27 de dezembro de 1695 recomendava que se não dessem sesmarias de mais de 4 (quatro) léguas, sendo que as de maior extensão anteriormente concedidas, caso não estivessem sendo devidamente cultivadas, deveriam ser declaradas vagas e doadas a outros moradores. A partir de 1697, contudo, as cartas régias de 7 de dezembro de 1697 e de 22 de março de 1698 (confirmadas pelas provisões de 20 de janeiro de 1699 e 19 de maio de 1729) limitam a extensão das sesmarias a 3 (três) léguas de fundo e uma de testada[265]. Igualmente a existência de solos inaproveitados deveria ser denunciada (cartas régias de 13 de dezembro de 1697 e 16 de março de 1682)[266]. A Provisão do Conselho Ultramarino de 15 de

drada. A Provisão de 21 de Junho de 1816 declarou que nove mil braças era a área ou medida exacta de uma légua quadrada".

264 *Documentação histórica pernambucana*, v. I, p.4, *apud* COSTA PORTO. O *sistema*..., p.74. Estilo significava *"o uso acerca do modo de praticar o que as leis mandam"*, segundo CORREIA TELLES. Comentário crítico à Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v.3, n °8, 1976. p.15 (reimpressão).

265 Cada légua portuguesa corresponde a 6.600 m, e 3 léguas quadradas a aproximadamente 13.068 hectares (OSÓRIO. *Regime de sesmarias*... p. 103).

266 Cit. por FONSECA. *Legislação de terras*... p. 269. O autor cita também outras cartas régias dirigidas a regiões específicas, como a de 15 de junho de 1711, endereçada ao governador de Minas Gerais Antonio Albuquerque de Carvalho, que limitou a uma légua em quadro (4.356 ha.) as sesmarias do Caminho Novo do Rio para as Minas, sendo vedada a aquisição, a qualquer título, de mais terras por parte do concessionário. A real ordem de 20 de novembro de 1725 determinou ao governador de Minas que não desse mais de meia légua de sesmaria.

março de 1731, no contexto do descobrimento das minas gerais, estabeleceu que as sesmarias de terras em que houvesse minas, ou que se encontrassem no caminho para elas, fossem limitadas a meia légua em quadro[267].

Reinava, assim, uma certa confusão quanto à extensão máxima das concessões, como relata Costa Porto:

> "...a própria legislação andava aos avanços e recuos: enquanto, parece, uma carta régia de 1698 fixara o limite máximo de duas léguas de terras, logo a seguir, outra, de 20 de janeiro de 1699, estabelecia exceção compreensível, determinando que 'as pessoas que tiverem terras de sesmaria, ainda que de muitas léguas, se as tiverem povoado e cultivado... com tais pessoas se não entenda' (a limitação), pois, 'cumprindo as obrigações do contrato por sua parte, se lhes deve cumprir a minha', o que equivalia a dizer não tinha a lei restritiva efeito retroativo"[268].

Em 1753, a Provisão de 20 de outubro, procurando eliminar tais incertezas e contradições, generaliza para todo o território brasileiro a limitação de tamanho das sesmarias, fixada em três léguas quadradas[269].

Exemplos de latifúndios[270], todavia, não faltam na his-

267 Cit. por FONSECA. *Legislação*... p. 270.

268 COSTA PORTO. O *sistema sesmarial*... p.74.

269 Cit. por SANCHES. *As sesmarias*... p. 133.

270 Cirne Lima, citando a sesmaria concedida a Álvaro da Costa, armador-mor do Rei, chamada de capitania do Peroassu (pois compreendia todo o território entre os rios Paraguassu e Jaguaripe e mais dez léguas no sertão — hoje áreas do Estado do Rio de Janeiro), afirma: "...

tória territorial brasileira, explicando a estrutura desigual de distribuição de terras que até hoje perdura. Sesmarias de quatro léguas em quadro, como a que foi dada a Manoel de Borba Gatto, em 3 de dezembro de 1710, na capitania de Minas[271], ilustram o critério do favorecimento político-militar que orientava, predominantemente, as concessões sesmariais — o que neutralizava os esforços dispersos na legislação restritiva[272]. Freqüentes eram as manifestações contrárias à concentração de terras, por vezes partindo das câmaras municipais, como a Câmara da Vila da Mocha, que se dirige a D. João V, em 1745, com o objetivo de cobrar foro, reclamando contra os

> *"...extraordinários damnos espirituaes e temporaes que tem havido e actualmente se experimentam nesta capitania, originados da sem razão e injustiça com que os governadores de Pernambuco... deram por sesmaria e indevidamente grande quantidade de terras a três ou quatro pessoas particulares, moradores na cidade da Bahia, que, cultivando algumas dellas, deixaram a maior parte devoluta, sem consentirem que pessoa alguma as povoasse, salvo quem, à sua custa e com risco de suas vidas, as descobrisse e defendesse contra o gentio bárbaro, constrangendo-lhes depois a lhes pagarem dez mil réis de renda por cada sitio (...)*
> *...servido mandar que os ditos intrusos sesmeiros não possam usar dos ditos arrendamentos, nem pedir renda aos moradores desta capitania dos sitios ... que descobriram ... mas antes se sirva de ordenar que cada uma das ditas fazendas contribua em cada um anno com algum limitado foro ... a metade para o aumento da real fazenda e a outra metade para rendimento do Conselho da Câmara"*[273].

Acompanhando as disposições acerca da extensão máxima das terras, outra preocupação expressa na esparsa legislação sesmarial diz respeito ao *dever de medir e demarcar* as terras concedidas, ou o já referido *dever de registrar*, instituído por Duarte Coelho em Pernambuco[274]. A partir da Carta régia de 23 de novembro de 1698, impunha-se a *confirmação* das doações por el-Rei, que parece ter sido pouco obedecida[275].

---

extinto o regime das donatárias, como se fora das doações imensas, nenhum processo de colonização pudesse servir ao Brasil, com o nome de concessões de sesmarias, deste modo se fizeram, sob o governo geral, concessões de verdadeiras capitanias" (CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 36).

271 A referida carta de sesmaria menciona a "*qualidade e merecimento do dito Tenente General pelo bem que tem servido á sua Magestade nesta conquista...*" (cit. por FONSECA, op. cit. p.270).

272 Conforme a região, também outros critérios orientaram as concessões, como menciona Sanches, em relação às sesmarias concedidas no Rio de Janeiro, no eixo Prainha-São Cristóvão. A oferta de terras servia, aí, como suporte material à constituição de famílias via casamento e à estabilidade para funcionários em serviço na colônia (SANCHES. *As sesmarias...* p.135). Linhares de Lacerda refere-se aos critérios da "*capacidade colonizadora do titular*", e do "*prêmio ou recompensa por serviços prestados à Coroa e ainda, como simples liberalidade*" (LINHARES DE LACERDA. *Tratado das Terras do Brasil*. Rio de Janeiro: Alba, 1960. v.1 p.116).

273 *Apud* COSTA PORTO. O *sistema...* p.72.

274 COSTA PORTO. O *sistema...* p.97.

275 Paraguassú Éleres, citando estudos feitos na região norte do país, afirma: "*Das 2158 sesmarias expedidas na Capitania do Grão-Pará entre 1700 e 1835, incluindo as expedidas nas Capitanias do Maranhão e do Piauí e as eventualmente expedidas na Comarca de São José do Rio Negro, atual Estado do Amazonas, quando o território tinha a administração unificada, apenas 556 foram confirmadas pelo Rei de Portugal*" (ÉLERES, Paraguassú, op. cit., p.144).

Difundiu-se, paralelamente, a prática do capitão-mor doar as sesmarias e, após, o sesmeiro pedir a confirmação ao governador-geral[276]. A Carta régia de 8 de fevereiro de 1710 ordenara que se medisse a corda e rumo de agulha as terras dadas, vedado o processo de medição por ampulheta[277]. O já citado diploma de 20 de outubro de 1753 — que é, ao lado do Alvará de 5 de outubro de 1795, importante marco na legislação sesmarial da colônia — estabelecera o dever de medição e demarcação das terras sesmariais, que deveria ser cumprido antes da confirmação da sesmaria[278].

Sob a influência do Marquês de Pombal, em sua política de organização e centralização administrativa e perseguição aos jesuítas[279], a referida Provisão constitui tentativa de disciplinar a situação fundiária — o que prejudicaria a Companhia de Jesus (sesmeira e herdeira de muitas terras, como parte das fazendas de Afonso Certão, no Piauí[280]). Os antigos sesmeiros teriam direito à revalidação das datas que houvessem cultivado, excluídas as terras em arrendamento

276 SILVA. *Terras devolutas*... p.50.

277 Cit. por FONSECA. *Legislação*... p. 271-272.

278 Comuns os casos de abuso em que, apesar de não feita a medição, procedia-se à confirmação (OSÓRIO. *Regime*... p. 106).

279 Sobre a política pombalina e a intervenção na colônia: NOVAIS, Fernando. O reformismo ilustrado luso-brasileiro: alguns aspectos. *Revista Brasileira de História*, nº7, 1984. Sobre a perseguição de Pombal aos jesuítas, vide o estudo de Manuel ANTUNES, "O *Marquês de Pombal e os jesuítas*", no volume 115 da revista *Brotéria — cultura e informação*, de 1982, integralmente dedicado aos estudos pombalinos.

280 COSTA PORTO. O *sistema*... p.73. Fania Fridman refere-se à dura fiscalização das propriedades religiosas durante o período pombalino, citando como exemplo as exigências feitas ao Mosteiro de São Bento, no Rio de Janeiro, que, em 1763 e 1772, teve de apresentar relações criteriosas dos títulos de bens de raiz rurais e urbanos (FRIDMAN. A propriedade santa: o patrimônio territorial da Ordem de São Bento. In: DONOS do Rio em Nome do Rei..., cit., p.66-67).

ou aforamento, "...*por não serem as dadas de sesmaria senão para os sesmeiros as cultivarem, e não para as repartirem, e darem a outros que as conquistem, roteiem e entrem a fabricar*..."[281]. A Provisão limitava em três léguas de comprido por uma de largo a extensão das concessões, e reiterava a necessidade de se proceder à demarcação[282].

Na tentativa de regulamentar a propriedade sesmarial brasileira, a Coroa impõe exigências condizentes com os ditames da política mercantilista e invoca, como valor jurídico constante, a obrigatoriedade do cultivo das terras concedidas. Observa-se uma permanente tensão entre o referido valor jurídico, que inspira o discurso e a legislação régias, e o processo prático de apropriação das terras (um dos muitos signos do conflito, muitas vezes à tona, entre os interesses da Coroa e os da elite local) na dinâmica da economia colonial[283], que imporá ao conteúdo dominial outros elementos[284].

281 *Apud* COSTA PORTO. O *sistema*... p.73.

282 COSTA PORTO. O *sistema*...

283 Anota Gorender que "... *nunca deixaram de subsistir contradições flagrantes entre a legislação emanada da Metrópole e sua aplicação na Colônia. Basta examinar as repetidas tentativas de limitação da extensão das sesmarias e de efetivação da exigência do seu cultivo em certo prazo*" (GORENDER, *Regime*... p. 394). No mesmo sentido, OSÓRIO. *Regime*... p. 101; e José Murilo de Carvalho: "...*há muito tempo se perdera a finalidade inicial do instituto da sesmaria, que era a cultura efetiva da terra. As exigências de medição e demarcação judicial também tinham deixado de ser cumpridas em muitos casos*" (CARVALHO, José Murilo. *Teatro das sombras*. São Paulo-Teatro de Sombras: a política imperial. Rio de Janeiro, Vértice/IUPERJ, 1988. p.36).

284 Embora ressalvada a caracterização de "reino da efetividade", permanece integralmente válida, para a realidade proprietária colonial, a lição de Grossi relativa ao "conteúdo" da propriedade pré-moderna. A propriedade sesmarial brasileira, em seu desenho jurídico, segue sendo condicionada, não-absoluta, sujeita a imposições da Coroa, dotada de rico conteúdo deontológico.

Laura Beck Varela, Das Sesmarias à Propriedade...

Outra característica peculiar às sesmarias brasileiras, à diferença das portuguesas, é a imposição de pagamento de *foro* sobre as terras, que seria cobrado pelo Estado. Até 1695, as concessões eram feitas "*...sem pensão nem tributo algum, mais que o dízimo a Deus Nosso Senhor dos frutos que houvesse e lavrasse*"[285]. A cobrança foi instituída pela Carta Régia de 27 de dezembro de 1695[286], que revogou a isenção originária prevista nas Ordenações, tornando *tributáveis* as terras do Brasil[287]. Parece ter sido, todavia, pouco cobrado: "*imposto territorial, de muito má vontade aceito pelos latifundiários e por isso quase sem efetividade*"[288].

285 Fórmula comum nas cartas de sesmaria, citada por LIMA PEREIRA. *Da propriedade...* p.6. Aparece na já citada carta passada a Jerônimo de Ornellas: "*... para que as haja, logre e possue como couza propria, tanto Jeronimo Dornelles de Menezes, como todos os seus herdeiros, ascendentes e descendentes, sem pensão nem tributo algum, mais que o dízimo a Nosso Senhor dos frutos que houvesse e lavrasse*". O dízimo pago à Ordem de Cristo era cobrado sobre a produção, ou sobre os "frutos" (COSTA PORTO. op. cit. p. 78-93). Não se tratava de imposto incidente sobre o solo.

286 Sobre o pagamento do foro: COSTA PORTO, op. cit. p.106-110; SILVA. *Terras devolutas...* p.49. Na interpretação destes autores, a cobrança do foro inaugura uma nova fase no sesmarialismo colonial, até então caracterizado pela gratuidade e condicionalidade da doação, onde a fonte jurídica central era o citado §9° das Ordenações. Do séc. XVII em diante, contudo, abundam os decretos, forais, cartas-régias, resoluções, portarias — tentativas, por parte da Coroa, de efetuar um maior controle da apropriação do território.

287 GORENDER. *Regime...* p.384. Assinala o autor que este foro diferia do foro enfitêutico português: "*o foro que denominei estatal, instituído em 1695, era cobrado pelo poder concedente das sesmarias e incidia sobre os titulares delas. Diferenciava-se do foro cobrado pelos próprios titulares aos foreiros estabelecidos em suas sesmarias. A este último denomino de foro particular e o considero uma forma de renda da terra*" (*Idem*. p.386).

288 *Idem*, p.386. A cobrança foi debatida pelos juristas, como descreve

Segundo Lígia Osório Silva, tal imposição, num contexto de maior centralização estatal, procurou restringir os direitos dos concessionários de terras, incentivar a produção e controlar mais de perto o processo de apropriação territorial[289].

Nos anos seguintes, fizeram-se inúmeras concessões que não fixavam o pagamento do foro. Na Bahia, apenas em 1777 começa a ser cobrado e, a partir de 1780, a aparecer nas cartas de sesmaria. No Rio Grande, igualmente poucos são os exemplos de imposição de foro encontrados pelos historiadores, como o do Edital de 1° de julho de 1773, do governador Marcelino de Figueiredo que, repartindo terras na região de Mostardas, estipulou o foro de um cavalo manso por cada meia légua, em cada ano[290]. Os foros das sesmarias foram definitivamente abolidos pelo art.51 da lei de 15 de novembro de 1831 — primeira lei orçamentária com jurisdição nacional[291].

A par do foro e dos demais deveres já mencionados, outras cláusulas freqüentes nos títulos de sesmarias são, segundo o elenco feito por Fonseca:

Cirne Lima, ante o preceito contrário das Ordenações. Prevaleceu a tese jurídica a favor da possibilidade da cobrança, o que marca a *autonomia da disciplina jurídica sesmarial brasileira em relação ao texto das Ordenações* (CIRNE LIMA. *Pequena...* p.38-39).

289 SILVA. *Terras devolutas...* p.49. Com a instituição do foro, há necessidade de autorização do governo para a transmissão da concessão, pelo que pretende a Coroa coibir os abusos.

290 Trata-se da única imposição de foro encontrada por Osório no período pesquisado. O relaxamento na cobrança deve-se, segundo a autora, aos próprios interesses metropolitanos na conformação do espaço colonial: "*Provavelmente a Coroa o entendesse* [refere-se ao foro] *como um óbice ao povoamento que ela mesma tentava incentivar*". (OSÓRIO. *Regime...* p. 105).

291 GORENDER. *Regime...* p.386.

"1) Si, nas terras concedidas, se houvesse de fundar alguma villa ou povoação, o sesmeiro abandonaria o sitio, compensando-se-lhe em outra parte;
2) as madeiras de lei existentes nas matas pertenceriam á corôa, reservadas especialmente para as construções navaes[292];
3) as religiões, egrejas ou ecclesiasticos não podiam por nenhum titulo succeder nas sesmarias, condição que mais tarde foi eliminada (Resolução do Conselho Ultramarino de 26 de junho de 1711; carta regia de 27 de junho do mesmo anno; provisão de 7 de agosto de 1727) e, de então por diante, acontecendo possuir a corporação religiosa as terras de que se trata, teria o encargo de pagar dízimos a Deus, como si as possuíssem seculares;
4) o sesmeiro era obrigado a dar caminhos públicos e particulares por suas terras para portos, pedreiras e fontes;
5) Não podia o sesmeiro assenhorear-se das aldeias dos indios e das terras que estes ocupavam, sob pena de privar-se da sua sesmaria;
6) O direito de terceiros era expressamente ressalvado[293];

292 Segundo Fania Fridman, tratava-se da obrigação de não cortar as árvores "tapinhoans e parobas", reservadas para a construção de naus para o Rei (FRIDMAN. *Rio de Janeiro...* p.126). É exatamente o que aparece na já citada carta de sesmaria dada a Antônio Cabral de Mello, "*...obrigado a conservar os Tapinhoans, e Parobas, que se acharem nesta datta, deixando de os cortar para outro algum uso que não seja o da Construção das Náos da Mesma Senhora, e a cuidar da plantação destas e Arvores naquelles mesmos lugares em que já as ouvérão, ou forem mais proprios para a produçao das mesmas...*" (Caixa 18, doc. n °2, cit. Vide nota n °253).

293 Em sentido semelhante, refere-se Fania Fridman à obrigação do

7) Obrigava-se o sesmeiro, sob pena de commisso, a solicitar confirmação regia, no prazo de um anno, exhibindo prova de que as terras já se achavam demarcadas;
8) a demarcação não podia estender-se ás margens de rio navegavel, devendo ficar livre numa dellas, junto á passagem do mesmo rio, meia legua de terra para commodidade publica"[294].

Na já referida carta de sesmaria dada a Jerônimo Dornelles de Menezes figuram algumas destas cláusulas, ao lado dos deveres de cultivar e de demarcar. Transcrevemos o seguinte trecho, exemplo concreto da análise até agora feita:

"... a qual concessão Lhe faço não prejudicando a terceiro, e rezervando todos os paos reaes que nas ditas terras houver para embarcações, e será obrigado a fazer os caminhos de suas testadas, e a cultivar as ditas terras de maneira que dém fructos, e dará caminhos públicos, e particullares adonde forem necessarios para pontes, fontes, portos e pedreiras e se demarcará ao tempo da posse com ... de corda e braças craveiras, fazendo primeiro citar os Hereos confinantes[295] *das ditas terras, e se lhe dará e fará dar posse real effectiva ...*
(...) á Casa da Fazenda ao Provedor della e escrivao do Seguro das Sesmarias, como de estillo e sua Mag. manda e confirmará essa Carta pello Snr. dentro de tres annos seguintes pelo s. Concelho Ultramarino forma da Ordem de vinte e tres de Novembro de mil seiscentos no-

sesmeiro, antes de tomar posse e demarcar sua área, de *notificar* os confrontantes (FRIDMAN. *Rio de Janeiro...* p.126).

294 FONSECA. *Legislação...* p. 273.

295 *"Heréos confinantes"* era termo usual, sinônimo de *vizinhos*.

venta e outo e será obrigado a cultivar as ditas terras, demarcadas e confirmadas dentro do dito tempo..."[296]

Outra limitação comum era a de que, na sesmaria, "*não poderá suceder em tempo algum pessoa eclesiástica ou religião e sucedendo será com encargo de pagar dízimo e não o fazendo poderá dar quem a denunciar*", conforme cláusula transcrita por Fania Fridman[297].

Em suma, da posse de escravos à construção de engenhos, das limitações de tamanho à demarcação e confirmação, inúmeras são as cláusulas que condicionam a propriedade sesmarial, variando, naturalmente, consoante as necessidades econômicas de cada região, como mostra Helen Osório acerca da exigência de criação de *gado*, presente na experiência jurídica sesmarial do sul do país[298]. Muito dista a sesmaria, portanto, da propriedade absoluta consagrada nas principais codificações oitocentistas. Daí a repugnância dos contemporâneos à propriedade sesmarial, como escreve o português Vicente Antonio Esteves de Carvalho, em 1815, rechaçando a "violência" da referida legislação[299]. Essa atitude expressa, fundamentalmente, o repúdio a uma forma autoritária de governo, contestada pela teoria política da época. A moral iluminista rejeita disposições dessa natureza, porque "*violentas*", atentatórias ao "direito natural do proprietário", e porque fomentadoras de um "*espírito de cobiça dos bens alheios, espírito sempre fatal á paz da sociedade*"[300].

296 Carta de sesmaria passada por D. Luiz Mascarenhas, governador e capitão geral da capitania de São Paulo, em 5/nov./1740, a Jerônimo Dornelles de Menezes, cit.

297 FRIDMAN. *Rio de Janeiro...* p.126.

298 OSÓRIO. *A apropriação...*

299 CARVALHO, Vicente Antonio Esteves de. *Observações históricas e críticas sobre nossa legislação agrária, chamada commumente das sesmarias*. Lisboa, 1815. p.22 et seq.

Valor constante, o dever de cultivar, foco irradiador do domínio sesmarial, é novamente retomado pelo Alvará de 5 de outubro de 1795, do Conselho Ultramarino — uma das derradeiras tentativas, por parte da Coroa, de unificar a esparsa e confusa legislação sesmarial, visto que, nas palavras de Gonçalves Chaves, havia:

> "... *uma tão grande variedade e contraditória porção de cartas régias, avisos, disposições, ordens, provisões, alvarás e decretos sobre sesmarias, com tanta derrogação e ampliação, que seria quase impossível determinar o sentido da lei a semelhante respeito*"[301].

O próprio Alvará de 1795 inicia com uma referência aos "*abusos, irregularidades, e desordens que têm grassado estão e vão grassando em todo o Estado do Brasil, sobre a matéria das sesmarias, a mais importante, a mais útil e a mais conveniente aos comuns interesses...*"[302]. Limita-se, porém, a reafirmar a série de deveres ou condições já existentes na legislação esparsa, com o diferencial inovador de atribuir *efeito retroativo* às suas determinações. Confere especial ênfase ao dever de *demarcação*, procurando aplicar a pena de omisso aos sesmeiros que não o haviam cumprido até então (argumentando que as doações foram feitas sob tal condição) e estabelecendo novo procedimento, pelo qual o sesmeiro só entraria na posse da terra depois de

300 CARVALHO. *Observações*, p. 27.

301 GONÇALVES CHAVES, Antônio José. *Memórias...*, 1822-1823. Rio de Janeiro, Porto Alegre: Cia de Seguros, 1822, 1978. cap. 5. p. 89.

302 *Alvará*, cit.

demarcá-la. Igualmente a confirmação só seria realizada após o cumprimento desta exigência. Cria, ademais, mecanismo de fiscalização, como a audiência das Câmaras municipais, as quais enviariam uma lista tríplice ao governador, e um dos membros seria escolhido para supervisionar a demarcação (de preferência, três letrados; em sua falta, juízes ordinários). Fixava em uma légua de terra a extensão máxima para as concessões próximas a centros urbanos. O dever de cultivo é referido pelos já citados §§11 e 12.

A mencionada tensão que caracteriza as relações entre a elite local e o poder central da metrópole, bem descrita por Helen Osório[303], revela-se em toda sua nitidez no episódio da promulgação do Alvará de 1795 e da sua quase que imediata revogação, um ano depois, por ser demais rigoroso nas exigências impostas aos latifundiários[304]. Diante dos embaraços que sua aplicação poderia causar, foi prematuramente revogado — mais uma infrutífera tentativa de regular o complexo quadro fundiário brasileiro. Eis o texto do Decreto de 10 de dezembro de 1796, que lhe suspendeu:

> "Tendo-me sido presentes os embaraços e inconvenientes que podem resultar da imediata execução da sábia lei das sesmarias, que fui servido mandar publicar pelo meu Conselho de Ultramar; seja porque nas circunstâncias atuais não é o momento mais próprio para dar um seguro estabelecimento às vastas propriedades de meus vassalos nas províncias do Brasil; seja pela falta que há aí de geômetras, que possam fixar medições seguras, e ligadas inalteravelmente a medidas geométricas, e astronômicas, que só podem dar-lhes a devida estabilidade; seja finalmente pelos muitos processos, e causas que poderiam excitar-se, querendo pôr em execução tão saudáveis princípios e estabelecimentos, sem primeiro haver preparado tudo o que é indispensável, para que eles tenham uma inteira e útil realização, hei por bem determinar que o Conselho Ultramarino, suspenda por ora a execução e efeitos dessa saudável lei"[305].

303 *A apropriação*...p.111, 132 et seq.

304 Sobre o alvará e as causas de sua suspensão, vide SILVA. *Terras devolutas*... p. 65 et seq.

Assim, segundo Costa Porto, "*...nenhum passo se registra*" no tocante à organização da estrutura fundiária[306]. Cenário confuso e não pouco povoado de litígios, preocupará as autoridades nos primeiros decênios do séc. XIX.

b) Crepúsculo das sesmarias: o chamado "período das posses" e o cultivo como fundamento jurídico da apropriação da terra.

> "(...) Accresce que essas sesmarias são verdadeiros *latifundios*, como os que, no dizer de Plínio, *Italiam perdidere*, e isto muito facilitava a intrusão de estranhos.
> Mais extensas, porém, ainda erão as posses de terras, cujas divisas os posseiros marcavão *de olho*, nas vertentes, ou onde bem lhes aprazia.
> Assim, era inevitavel que as questões possessorias se tornassem frequentissimas no fôro, se apresentassem sempre ladeadas de grandes difficuldades, ou complicadas com processos criminaes, e muitas vezes termi-

305 Cit. por LINHARES DE LACERDA. *Terras*... p.121.

306 COSTA PORTO. O *sistema*... p.139.

nassem por injurídicos julgados". (grifos do autor)
Conselheiro Antônio Joaquim Ribas[307]

É caótico o cenário da distribuição territorial que a nova legislação agrária pretenderia organizar, na segunda metade do séc. XIX. Tratava-se de um grande número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas; igualmente significativa era a quantidade de simples "posses", prática comum de aquisição da terra, que se firmou paralelamente aos complexos trâmites burocráticos exigidos para as doações sesmariais. É o que expressa Linhares de Lacerda:

> "... na concessão das Sesmarias, no Brasil, as exigências eram realmente excessivas e de tal modo onerosas, que não raro, os titulares preferiam abandonar por completo a concessão. Com esse abandono, as terras eram invadidas por posseiros sem título algum. Os sesmeiros, mesmo, preferiam deixar a Sesmaria a eles titulada, para ir lavrar terras alheias, a salvo de obrigações com o Governo"[308].

307 RIBAS, Antonio Joaquim. *Da posse e das acções possessorias segundo o direito patrio comparado com o direito romano e canônico*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1883. Prefação: p.VII-VIII.

308 LINHARES DE LACERDA. *Tratado...* p.118, e também p.119. No mesmo sentido, SMITH. *Propriedade...* p.165; Cirne Lima: "*Assenhorear-se de um pedaço de terra e cultivá-lo, além de tudo, devia, para os nossos colonizadores, ser preferível a correr a hierarquia da administração até o governador e, depois, até o rei, a fim de obter uma concessão de sesmaria*" (CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 37); e Gorender: "*Em contraposição à sesmaria, era a posse a via de acesso à terra para os colonos pobres, incapazes de vencer os obstáculos à burocracia*" (GORENDER. *Regime...* p.396).

Ainda algumas derrradeiras tentativas de disciplinar o cenário da apropriação territorial marcam o esforço da Coroa, como o Decreto de 22 de junho de 1808, que ordenava que a confirmação das sesmarias passasse a ser feita pelo Desembargo do Paço, no Rio de Janeiro[309]; ou o Alvará de 25 de janeiro de 1809, que vetava a concessão sesmarial sem que houvesse medição judicial por sentença passada em julgado[310].

> "I. A Meza do Desembargo do Paço não mandará passar Cartas de Concessão de Sesmarias, nem de Confirmação das que concedem os Governadores, e Capitães Generaes, sem apresentarem os que as requerem Medição, e Demarcação Judicial feita, e ultimada legalmente com citação dos Herêos confrontantes, e sobre que haja sentença final, e que tenha passado em julgado".

Procurava este Alvará reafirmar o dever de demarcação, preocupado em evitar lesões a direitos de terceiros,

309 "*Sendo-me presente, que se não tem continuado a conceder Sesmarias nesta Corte, e Provincia do Rio de Janeiro, que até agora erão dadas pelos Vice-Reis do Estado do Brasil; e que muitas outras já concedidas pelos Governadores, e Capitães Generaes de diversas Capitanias estão por confirmar por causa da interrupção de communicação com o Tribunal do Conselho Ultramarino, a quem competia fazello: E Desejando estabelecer regras fixas nesta importante materia, de que muito depende o augmento da Agricultura, e Povoação, e segurança do Direito de Propriedade: Hei por bem Ordenar, que daqui em diante continuem a dar as Sesmarias nas Capitanias deste Estado do Brazil os Governadores, e Capitães Generaes dellas; devendo os Sesmeiros pedir a competente confirmação á Meza do Desembargo do Paço...*" (Decreto de 22 de junho de 1808. *Colleção da legislação portugueza*: 1802-1820. p.527-528).

310 Alvará de 25 de janeiro de 1809. *Colleção da legislação portugueza*: 1802-1820. p.721.

freqüentemente causadas pela concessão de sesmarias em terras já ocupadas[311]:

> "...remediar o abuso de se confirmarem as Sesmarias sem preceder a necessaria Medição, e Demarcação Judicial das terras concedidas, contra a expressa decisão do Decreto de vinte de outubro de 1753, e de muitas outras Ordens Minhas, que o prohibião, e que da transgressão dellas provinha a indecencia de se doarem terras, que já tinhão Sesmeiros, e a injustiça de se dar assim occasião a pleitos e litígios, e á perturbação dos direitos adquiridos pelas anteriores concessões..."

Instituía, para tanto, que cada vila ou comarca tivesse *juízes das sesmarias*[312], que serviriam por três anos, e *pilotos*[313], técnicos especializados nas medições e demarcações. Mais uma retomada de princípios já existentes, mais uma tentativa de fazer cumprir a já vetusta legislação.

Apertava-se o cerco às sesmarias. Finalmente, uma Resolução do príncipe regente, de 17 de julho de 1822, a pedido de um posseiro — Manoel José dos Reis, de Minas Gerais, que se queixava da concessão de sesmaria em terras que ocupava há mais de vinte anos —, suspende a expedição das cartas de doações, finalizando um longo capítulo na história territorial do Brasil[314].

311 Preocupação antiga por parte da Coroa, o princípio do respeito ao direito de terceiros figurava, desde o séc. XVI, nas cartas de doação e em diversas leis (COSTA PORTO. O *sistema*... p.113-116), como o Alvará de 1° de abril de 1680, e a Lei de 6 de junho de 1755 (cit. por TEIXEIRA DE FREITAS JÚNIOR, Augusto. *Terras e colonisação*. Rio de Janeiro: Garnier, 1882. p.9-10, nota n°11).

312 Alvará de 25 de janeiro de 1809. §§II-III.

313 Alvará de 25 de janeiro de 1809, cit., §IV.

314 A petição de um pobre posseiro mineiro, Manoel José dos Reis, acaba por tornar-se lei geral, por insistência de José Bonifácio de Andrada e Silva, publicada no Diário do Governo, n° 90, 1822 (conforme JUNQUEIRA, Messias. Breve introdução histórica ao direito territorial público brasileiro. *Incra: Revista de Direito Agrário*, v.3, 3°. trim. 1975. p.20)

A extinção do regime das sesmarias ocorre no contexto do início da expansão da economia cafeeira e do movimento que resultou na Independência, estando na pauta de discussões a necessidade de regulamentação da propriedade privada — exigência do próprio desenvolvimento do Estado, agora politicamente independente da metrópole[315]. Não se pode olvidar que a Inglaterra, parceira comercial de longa data, tanto da metrópole quanto da colônia, colhendo os lucros da Revolução Industrial e detendo o monopólio do comércio internacional, pressionava pelo fim do tráfico negreiro — o que implicaria a reformulação de todo o sistema produtivo no Brasil, essencialmente ancorado na economia escravocrata[316]. Urgia encontrar uma válvula de escape, um substituto ao escravo como categoria econômica central.

A essa crise do trabalho escravo responderia a elite colonial com o processo de organização da propriedade privada e mercantilização da terra[317]. A expansão cafeeira favorece a valorização da propriedade da terra[318], oferecendo bases econômicas para a passagem à mão-de-obra livre. A extinção do regime sesmarial é um passo importante neste processo de organização da propriedade privada da terra, que se consolida com a Lei de 1850 e com o Código Civil de 1916, adiante examinados.

315 SILVA. *Terras devolutas*... p. 87-91.

316 *Idem*. p. 120-125.

317 CASTRO. *Ao sul*... p. 123 et seq.

318 Devido à busca de "terras altas" para implantar o cultivo do café, segundo CASTRO. *Ao sul*... p. 132.

Nestas primeiras décadas do séc. XIX, eram as sesmarias identificadas com o atraso na agricultura e no desenvolvimento econômico em geral. Os discursos de José Bonifácio de Andrada e Silva expressam com nitidez essa concepção, quando afirma que a legislação das sesmarias não atendia aos interesses de expansão da agricultura, a qual exigia novos instrumentos legais[319].

Suspensa a concessão de sesmarias, em 1822, iniciou-se, portanto, o que Cirne Lima[320] denomina "o regime das posses", que durou até a lei de 1850. Era o mero **apossamento de terrenos para exploração agrícola e pecuária**, praticado por grandes e pequenos, como assinala Gorender:

> *"De 1822 a 1850, foi a posse a única via de acesso à apropriação legítima das terras públicas. Mas uma via de acesso aberta a grandes e pequenos. Se o número destes últimos cresceu com rapidez, surgiram também as posses de vastas dimensões. A lei nº 601... obstruiu a via da posse, proibindo as aquisições de terras públicas por outro título que não o de compra"*[321].

319 José Bonifácio de ANDRADA E SILVA, *"Lembranças e apontamentos do Governo Provisório para os Senhores Deputados da Província de São Paulo"*, encaminhado em 5 de outubro de 1821 ao governo da província (in: *Obras científicas, políticas e sociais de José Bonifácio de Andrada e Silva*, coligidas e reproduzidas por Cerqueira Falcão, Edgar de, 3 vols., Revista dos Tribunais, v. II, 1963-65, p.99-100, *apud* SMITH. *Propriedade...* p.286).

320 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 47 et seq.; FONSECA. *Legislação...* Outros autores, como Maria Sylvia de Pietro, reproduzem essa periodização da história da propriedade rural no Brasil, dividida em quatro fases: 1) sesmarias, 2) posses, 3) Lei de Terras e 4) fase que se inicia com a Constituição de 1891 (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 1995. p.465).

321 GORENDER. *Regime*. p.397. Outros autores, como Smith, ressaltam o crescimento dos latifúndios neste período: "O *interregno que vai de 1822 a 1850 põe em evidência um processo de amplo apossamento de terras, que caracterizará, no país, a formação do latifúndio, na sua forma mais acabada. O latifúndio avançará sobre as pequenas posses, expulsando o pequeno posseiro em algumas áreas, num deslocamento constante sobre as fronteiras abertas*" (SMITH. *Propriedade...* p.304).

Firmou-se, nesse período, verdadeiro *costume jurídico*, que contava inclusive com base legal, no sentido de que a ocupação, ou *posse com cultura efetiva*, constituía legítimo modo de aquisição do domínio[322], distinto da clássica *occupatio* romana[323]. Prática, em verdade, proibida por lei, já que o Império, pelo direito de conquista, vedava a aquisição de terras devolutas por ocupação, independentemente do título concedido pelo Estado[324]. Mais uma expressão eloqüente, em nosso entender, do *regno d'effetività*, verda-

322 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 50. A tese tem o respaldo de Lafayette Rodrigues Pereira: *"Antes da promulgação da citada lei* [refere-se à lei nº 601] *vigorava o costume de adquirirem-se por ocupação (**posse** era o termo consagrado) as terras **devolutas**, isto é, as terras públicas que não se achavam aplicadas a algum uso ou serviço do Estado, províncias e municípios. A dita lei aboliu aquele costume, e tornou dependentes de legitimação as **posses** adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, até a sua data"*. (grifos do autor) (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, nota ao §36, p.142). Anteriormente, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, disciplinava os requisitos do "costume" nos §§9 e 12, que, além da conformidade à "boa razão", exigia o tempo superior a 100 (cem) anos.

323 Distingue-se a aludida "ocupação consuetudinária" da mera *occupatio* porque preenchida pela cultura do terreno (CIRNE LIMA, op. cit.).

324 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 89-90. Smith, analisando esse período, afirma que *"...o regime de franco apossamento de terras representa um quadro em que o Estado praticamente sai de cena, na questão do ordenamento legal da apropriação da terra"* (SMITH. *Propriedade...* p.239).

deiro costume *contra legem* num universo jurídico que ainda desconhecia a regulamentação do direito de propriedade em termos napoleônico-pandectistas, tampouco a noção de lei estadual como fonte jurídica soberana.

O problema que seria enfrentado com a legislação de 1850 era precisamente o da alternativa criada pelos particulares — existente, desde sempre, paralelamente às concessões de sesmarias, mas que agora se alastrava assustadoramente —, da mera *ocupação* ou *posses* das terras:

> "A realidade, contudo, é que uma poderosa causa superveniente restabelecera a alternativa 'particular-Estado', que o direito positivo deveria ainda mais uma vez, resolver.
> São as posses essa poderosa causa; as posses que, a partir da Independência, se alastram pelo território todo do país; as posses que inauguram, pelo costume, o regime jurídico da ocupação privada, em desafio às proibições do Estado.
> Veda, portanto, a Lei de 1850 a aquisição direta de terras devolutas pelos particulares e ressuscita, assim, no nosso direito, a concessão de terras, que a posse ameaçara extinguir, — concessão outorgada pelo Estado como contraste à rígida proibição de carácter geral enunciada"[325].

Deixemos, por ora, em suspenso o exame das disposições da Lei de Terras, a ser retomado em breve. Fixemo-

325 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 90. Lígia Osório Silva refere-se às medidas da Coroa, ainda no séc. XVII, para administrar a questão das posses que se alastravam, promulgando leis para ressalvar os direitos de terceiros nos casos de doações (*e. g.*, um alvará de abril de 1680 e uma lei de 1755), visto que não se sabia, ao certo, se a terra doada já era objeto de sesmaria ou de ocupação (SILVA. *Terras devolutas...* p.61-62).

nos no resultado, descrito por Cirne Lima quanto à propagação da prática do apossamento e da sua legitimidade jurídica.

Sua legitimidade social vinha de longa data, como revelam alguns requerimentos de doação de sesmarias, que alegavam pedir terras já ocupadas — ocupação que se fizera "*intrusamente sem data ou título que válido seja*"[326]. Uma Provisão de 14 de março de 1822 já garantira a permanência nas terras aos posseiros que efetivamente as cultivassem — posses que deveriam prevalecer sobre as sesmarias anteriormente concedidas[327], revelando a valorização, no plano legal, das posses acompanhadas do efetivo aproveitamento econômico. Revela, também, a profusão do fenômeno das posses, o qual enseja, naturalmente, inúmeros conflitos: o intento de solucioná-los e acalmar os ânimos no campo está presente nos discursos da época[328].

Assim, não só na legislação, mas também nos litígios envolvendo a posse de terrenos, freqüentemente são invocados o *cultivo e a morada habitual* como fundamentos jurídicos a legitimarem pretensões, tanto de pequenos posseiros quanto de latifundiários (estes, muitas vezes, meros posseiros de extensas áreas, ou sesmeiros que não haviam cumprido as exigências legais da medição e confirmação)[329]. Valioso, nesse sentido, é o estudo de Márcia Motta,

326 Requerimentos dirigidos ao Governador de Pernambuco, em 1710, e que foram atendidos (*Documentação histórica pernambucana — Sesmarias*, Recife, Secretaria da Educação e Cultura, 1954, v. 1, p.68-70, 72-73, *apud* GORENDER. *Regime...* p. 396).

327 CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 48.

328 José Bonifácio de Andrada e Silva, *apud* SMITH. *Propriedade...* p.286; e GONÇALVES CHAVES. *Memórias...* capít. V, VI, VII,

329 MOTTA, Márcia. *Nas fronteiras do poder:* conflitos de terra e direito agrário no Brasil de meados do séc. XIX. Tese (Doutorado em História). Campinas: UNICAMP, 1996, p. 54, 65, 94 et seq. Para a

que examinou a documentação referente aos conflitos agrários ocorridos na Paraíba do Sul, província do Rio de Janeiro, em pleno "regime das posses"[330].

Na complexa sociedade rural do início dos Oitocentos, personagens como sesmeiros em comisso, grandes arrendatários e grandes e pequenos posseiros disputam o espaço[331]. Significativo número de homens livres (categoria tradicionalmente desprezada pelos historiadores que analisaram a ordem escravocrata[332]) encontra, nas brechas das disputas entre os grandes senhores, a oportunidade de garantir pequena parcela de terra para o sustento familiar[333]. A *cultura efetiva*, a *morada habitual* e a *posse aliada ao trabalho* aparecem, então, como contraponto às cartas de sesmaria — poderosa prova documental a favor dos grandes senhores[334]. Muitos fazendeiros, meros posseiros do ponto de vista jurídico, alegavam a existência de posse mansa e pacífica[335], ou mesmo de posse imemorial, que buscava apoio nas Ordenações[336].

autora, o fim das sesmarias consagrou a importância da figura do posseiro, e a importância do cultivo como fundamento para legitimação das ocupações (op. cit., p. 168). Como procuramos ilustrar ao longo do trabalho, o cultivo é o fundamento jurídico central do domínio sesmarial desde os primórdios da legislação portuguesa, sendo freqüentemente invocado nos diplomas destinados a vigorar no Brasil.

330 MOTTA. *Nas fronteiras*... oferece-nos significativas indicações da argumentação jurídica concernente aos conflitos agrários neste período.

331 *Idem* p.69.

332 Márcia Motta cita a obra de Maria Sylvia de Carvalho Franco, dentre outras (*Idem*. p.7-9).

333 MOTTA, op. cit., p.70, 152-153.

334 MOTTA, *idem*, p.54, 65, 98-99, 148, 154.

335 MOTTA, *idem*, p.107.

336 *Ordenações*...Liv. I, tít. 62, §51; II, tít. 27; III, tít. 86.

Aspecto que aparece nitidamente nos processos examinados por Motta é o da imprecisão de limites das propriedades sesmariais, fonte de litígios e confusão nos relatos das testemunhas. Os próprios fazendeiros não delimitavam suas terras com o objetivo de poder expandí-las[337], daí o permanente repúdio à ousadia dos pequenos possuidores — questionadores, em última análise, do poder do fazendeiro. Os pequenos possuidores, por sua vez, invocam, com freqüência, a posse natural, assentada no cultivo, ou seja, a relação de legitimidade entre o cultivo e o direito à terra. O fim do regime sesmarial coincide, precisamente, ainda na visão de Motta, com o reconhecimento da importância do cultivo para legitimação das ocupações de terras[338].

O quadro fundiário brasileiro caracterizava-se, assim, por um complexo de situações, que só mais tarde seriam reguladas pela Lei nº601, de 1850. Havia sesmarias concedidas e integralmente regularizadas — demarcadas, confirmadas e aproveitadas (cultura ou criação), sobre as quais o concessionário tinha domínio sobre a gleba. Havia também as sesmarias em que os concessionários tinham só a posse, e não o domínio, pela ausência de algumas exigências legais. Também as glebas ocupadas por simples posses, sem título, eram situações de fato; ocupações com ou sem exploração. E, por fim, as terras sem ocupação (terras devolutas do império) — "*não concedidas ou já revertidas ao poder público, por não atendimento das exigências legais, se anteriormente objeto de concessão de sesmarias*"[339].

É este complexo quadro fundiário que motiva a elaboração da Lei de 1850, objeto do capítulo que segue. Um dos intentos do legislador é, precisamente, o de sepultar o

337 MOTTA, op. cit. p.105.

338 MOTTA, *idem*, p.167-168.

339 SODERO. O *estatuto*... p.14.

apossamento como modo de aquisição de terras e romper com o *princípio do cultivo*, de tão longa história no direito luso-brasileiro. Todavia, essa passagem, como veremos, será gradual: tanto no texto da lei, quanto na contribuição da doutrina, é aos poucos que se assentam as bases para uma nova conformação do modelo proprietário.

"Es él, el historiador, quien puede y debe recordar a privatistas y publicistas, todos ellos atrapados por los proprios textos normativos, el hecho de que el texto mismo siempre es representación de una realidad de fondo, una representación parcial y artificiosa por añadidura; el hecho de que el texto es como la cumbre emergente de un continente sumergido, resultando engañosa la observación de la parte visible y precisándose en cambio la zambullida para apreciarse la sustancia efectiva del fenómeno".

Paolo Grossi

Laura Beck Varela. Das Sesmarias à Propriedade Privac

Um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 200

II — Tempos de Transição. O fundamento do cultivo e a passagem para a propriedade privada no Brasil.

A história da propriedade sesmarial é antes uma história de diversas formas de apropriação da terra, de múltiplas propriedades, múltiplos deveres — de princípios próprios a um "*regno d'effetività*". É a propriedade sesmarial, em sua multiplicidade, uma fórmula jurídica profundamente condicionada — condicionada ao concreto das situações, aos deveres de cultivo que estão no seu fulcro, muito embora possam estes não se realizar. Mesmo assim, é a propriedade sesmarial, por seus traços concretos, muito diferente daquela fórmula abstrata que caracteriza o direito da propriedade nas codificações liberais.

Procuraremos, agora, analisar como ocorre a passagem para a propriedade privada moderna, que mais tarde ganharia as vestes jurídicas napoleônico-pandectistas[340], e o gradativo afastamento do princípio do cultivo, como fundamento de um domínio que ora se faz absoluto[341]

340 Expressão de GROSSI. *Proprietà...*

341 "O *capital põe em marcha um processo que incorpora a colônia — terras abertas e despidas de relações de produção — ao seu fundamento criador do universal, destruindo formas pretéritas e transformando, no*

Na maior parte dos ordenamentos da família romano-germânica, o processo de *absolutização* da propriedade é um processo de ruptura em relação a uma estrutura hierarquicamente organizada de deveres, obrigações, honra e lealdade — características de uma propriedade de tipo feudal[342], *propriedade a diversos níveis sobre a terra*[343]. No direito luso-brasileiro, contudo, é uma ruptura em relação à propriedade pública, cuja veste é a sesmaria, privilégio ou concessão de domínio condicionada à sua exploração, com cláusula de reversibilidade.

Neste processo de *absolutização*, em termos jurídicos, da propriedade privada, vislumbramos dois momentos, ou aspectos, essenciais: o das modificações a nível *legislativo*, e o das modificações no plano doutrinário, que transparecem nas primeiras obras de direito civil brasileiro[344]. Ambas sentam as bases, as *pedras para o arco de uma nova ponte*. São ambas, enfim, traduções, para o discurso jurídico — e, simultaneamente, criações[345] —, de uma nova realidade política e econômica, que não mais se coaduna com a propriedade condicionada prevista no ordenamento de então. Passemos a elas.

caso das colônias, a 'não propriedade' em moderna propriedade territorial" (SMITH. *Propriedade*... p. 136).

342 SMITH. *Propriedade*... p. 340.

343 A expressão é de VILAR. *A transição* ... p. 39.

344 Outra fonte profícua para o exame das modificações do pensamento jurídico é a *jurisprudência*. Deixamo-la de lado ante as limitações temporais, em se tratando de uma dissertação de mestrado; e a dificuldade de acesso — fica, porém, o convite ao leitor desassossegado.

345 Mais do que mera tradução do econômico ou das decisões políticas, o discurso jurídico tem o poder de *constituir* a realidade, devido a seu caráter performativo, do qual depende sua eficácia simbólica: nas palavras de Bourdieu, o discurso jurídico é verdadeira palavra criadora, que confere vida ao que enuncia (*Ce que parler veut dire*. L'économie des échanges linguistiques. Paris: Fayard, 1982, p.21; com referências à filosofia de John Austin). Quanto ao discurso em geral como prática que forma sistematicamente os objetos de que trata, não se reduzindo a mero conjunto de signos, a meras relações entre palavras e coisas: FOUCAULT, M. *Arqueología del saber*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México: Siglo Veintiuno, 1970, p.81 et seq.

1) O afastamento do princípio do cultivo na legislação civil brasileira do século XIX.

a) Lei de Terras de 1850 e organização da propriedade privada no Brasil

> "§ 43. A par da usurpação da soberania do Brasil, a qual toca aos povos dele desde a sua origem, como já temos demonstrado nos capítulos II, III e IV, **foi também usurpada a propriedade particular**; e nem sabemos de outro modo explicar as pasmosas concessões de terras no Brasil por títulos assinados pelo soberano em que se diz: '*Hei por bem conceder ao Suplicante tal e tal porção de terras*'.
>
> § 44. Hoje, que se conhecem os direitos do homem; hoje, que a todos é patente a fonte originária de todo o poder público; hoje, dizemos nós, que já todos sabemos que a soberania reside na nação e que esta a delega somente por não poder exercê-la em corpo, **é justo que desenvolvamos o direito de propriedade nas terras do Brasil**".
>
> §85 [os agricultores] "... serão bons cultivadores porque o seu trabalho aumenta a sua fortuna e a sua descendência, e **serão amantes da pátria porque dela lhes vêm a sua propriedade**, proteção e segurança".
>
> Gonçalves Chaves[346]

346 *Memórias Ecônomo-Políticas sobre a Administração Pública do*

Emancipação política da nação e organização da propriedade particular. Amor à pátria. Trabalho livre. Fomento da agricultura. Eis os elementos que se encadeiam numa seqüência lógica, em necessária complementaridade no testemunho da época.

A necessidade premente de organizar o direito à propriedade privada da terra, direito natural do homem, conforme os princípios do moderno Direito público universal[347], está essencialmente conjugada com a constituição de uma "nação" independente. O discurso progressista do momento da independência articula os elementos da emancipação *de jure* do Brasil-colônia, o fim da escravidão, a organização da propriedade privada da terra e o fomento da agricultura. Pressupostos, elementos em necessária correlação, componentes de um projeto político, de um ideário liberal que se esboçava. Tais elementos aparecem em diversos testemunhos, como as *Lembranças e apontamentos* e a *Representação* à Assembléia Constituinte, de José Bonifácio, que associam escravidão e atraso na agricultura[348], e os escritos anônimos do liberal Tavares Bastos[349].

Brasil, 1822. Quarta Memória Sobre a Distribuição das Terras Incultas, cap.V e VII (grifos nossos).

347 Invocado tantas vezes por GONÇALVES CHAVES. *Memórias...* em especial no cap. III, cit.

348 ANDRADA e SILVA. José Bonifácio. Representação à Assembléia Geral Constituinte Legislativa do Império do Brasil, 1823. In: A ABOLIÇÃO no Parlamento: 65 anos de lutas, 1823-1888. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo, 1988. v. 1 p.21; e *Obras científicas, políticas e sociais de José Bonifácio de Andrada e Silva*, cit., p.135, *apud* SMITH. *Propriedade...* p.289.

349 Em seus discursos na Câmara dos deputados e em seus diversos escritos — muitos publicados sob o pseudônimo *"Solitário"*, no Correio Mercantil em 1861 — criticava a centralização adm[illegible] a liberdade de cabotagem, a livre navegação do Ar

A segunda metade do séc. XIX é tradicionalmente apontada como o período da gradativa introdução das relações capitalistas de produção na América Latina, exigindo a adaptação da agricultura à produção de massa para o mercado[350]. No Brasil, esse processo corresponde à expansão econômica do café[351], à pressão quanto ao fim do tráfico negreiro e à introdução da mão-de-obra assalariada.

Entre outros, são pressupostos do sistema capitalista, quanto à terra: sua propriedade privada absoluta e a possibilidade de sua mercantilização. Por isso nos ocuparemos, em caráter breve, tanto das leis hipotecárias quanto da Lei de Terras, de 1850, a qual, no dizer de Lígia Osório Silva, *"...daria as condições jurídicas para que a terra viesse a se tornar uma mercadoria aceitável nas transações entre credores e fazendeiros"*[352]. Explica Roberto Smith o processo de *absolutização* da propriedade enquanto pressuposto de sua forma mercantil:

---

tecionismo à indústria, discutia a escravidão e o tráfico negreiro (TAVARES BASTOS. *Cartas do solitário*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Typ. da Actualidade, 1863).

350 Uma economia capitalista implica, fundamentalmente, na redução das relações sociais a laços de dinheiro, na separação entre os meios de produção e o produtor, na progressiva industrialização, a qual passa a ser a fonte essencial do capital, e na adaptação da agricultura à produção de massa para o mercado. Tudo torna-se, portanto, *mercadoria*, e as relações sociais estabelecem-se sob termos jurídicos (VILAR. *A transição...* p.40, 50-52).

351 Não se pode, contudo, mecanicamente identificar o Estado com os interesses das oligarquias cafeeiras, ignorando conflitos entre os grupos sociais no poder, e ignorando os interesses estrangeiros aqui relevantes, segundo Smith (*Propriedade...* p.333-336). Vide nota nº432, *infra*.

352 SMITH. *Propriedade...* p.137. Não se pretende aqui, por certo, [illegible] para o processo de efetiva *valoriza-*

"A mercantilização como característica da propriedade fundiária moderna, que fundamenta a precondição de exploração do trabalho assalariado, aprofundará a generalização da renda em dinheiro, e o lento processo através do qual se passa a produzir com vistas ao lucro e não com vistas à renda. O moderno proprietário, ao produzir com vistas ao lucro, empregando trabalho assalariado, incorpora na sua pessoa tanto o arcaico arrendatário quanto o moderno empresário".[353]

Distingue-se, portanto, esse novo modelo proprietário da antiga *propriedade sesmarial* — a qual, mesmo para o sesmeiro adimplente, não atribuía um direito pleno, em termos absolutos, porque sujeito a diversas condições[354]. Era esta antes uma espécie de concessão, forma de apropriação, instrumento da política mercantilista de um governo autoritário. Registra Hebe Castro essa passagem a uma nova forma proprietária:

"... a partir de meados do séc. XIX, transformam-se concepções e atitudes frente à propriedade territorial que plenamente se transforma em mercadoria, possibilitando a existência real da propriedade capitalista da terra no Brasil".[355]

A mercantilização plena da terra só pode ser compreendida em sua relação com a crise do trabalho escravo, ou seja, no sentido de que a gradativa introdução da renda da terra apresenta-se como equivalente de capital a substituir o trabalho escravo:

"O monopólio efetivo da terra e sua plena mercantilização encontravam-se no âmago da resposta dos grupos dominantes à crise do trabalho escravo".[356]
(...) "Nas áreas de ponta da agricultura de exportação, à crise do trabalho escravo correspondeu uma crescente capitalização da propriedade da terra. Concretizando

353 *Idem*, p. 134.

354 "*No início do séc. XIX, como temos tentado demonstrar, a situação da propriedade da terra, do ponto de vista do seu ordenamento jurídico, era caótica. Falar em termos de proprietários de terras, no sentido estrito, portanto, não se justifica. O senhoriato rural que se desenvolvera na colônia ainda não constituía propriamente uma classe de proprietários de terras porque a maioria dos ocupantes das terras (sesmeiros ou posseiros) não possuía um título legítimo de domínio. (...) Deve-se ter em mente, portanto, que o direito à propriedade não era absoluto... mesmo para os sesmeiros que haviam cumprido as condições das doações, pois a condicionalidade estipulada nas Ordenações nunca foi revogada*". (grifo do original) (SILVA. *Terras devolutas*... p. 80).

355 CASTRO. *Ao Sul*... p. 116. No mesmo sentido, sintetiza Helen Osório: "*A propriedade da terra só se absolutiza plenamente com o domínio de relações capitalistas de produção, momento em que também a terra torna-se uma mercadoria. Esse processo na América Latina ocorre a partir da segunda metade do séc. XIX*" (OSÓRIO. *Regime*... p.110).

356 CASTRO, op. cit. p.124. Não se quer aqui afirmar, contudo, que um efetivo mercado de terras só tenha surgido com a regulamentação jurídica da propriedade privada. Como mostra Hebe Castro, havia, anteriormente à legislação nacional garantidora da propriedade, um mercado de terras, ou seja, um significativo número de transferências dominiais mediante compras, trocas, heranças e doações (*Idem*. p.122, 125 et seq., p.147-157, onde constam dados relativos à região de Capivary, no Rio de Janeiro, examinada pela autora). As legislações procurariam, portanto, *não instaurar um mercado de terras*, já existente, mas sim *conferir veste jurídica às relações econômicas* que se intensificavam e ganhavam importância na realidade local. Nesse sentido, afirma Smith que "*compra e venda de terras era uma prática observada ao longo do período colonial, mas isso não implica caracterizar a transação onde a terra aparece na sua forma mercantil absolutizada*" (SMITH. *Propriedade*... p.295).

o projeto dominante esboçado em meados do século com a votação da Lei de Terras, a partir da década de 80 a terra se torna, efetiva e eficientemente, garantia ao crédito hipotecário, determinada a penhora do fruto colhido, originando uma corrida para implantação de novos empreendimentos produtivos, ampliando aceleradamente a fronteira agrícola no oeste paulista, transformando a especulação com terras em negócio promissor. A renda capitalizada da terra substituía finalmente, conforme o figurino traçado quando da extinção do tráfico, a renda capitalizada do escravo".[357]

Essa tendência da capitalização da terra e da formação de um genuíno mercado de terras não foi, contudo, uniforme em todo o país, tendo tido diferentes projeções conforme o espaço agrário e o período[358]. Sua difusão está relacionada com a expansão cafeeira[359]:

> "A expansão cafeeira introduzia na região a renda diferencial, valorizando mesmo que precariamente a propriedade da terra, antes destituída de qualquer significado comercial".[360]

357 CASTRO, op. cit., p.155. Sobre as relações entre capitalismo e escravidão, discute Jorge Caldeira, a partir das teorias de Fogel e Engerman, algumas das teses correntes no debate historiográfico, como a da incompatibilidade entre a economia escravista e a produção capitalista, e a necessária supressão da primeira como decorrência do desenvolvimento do capitalismo industrial (CALDEIRA, Jorge. Futuro do pretérito. In: A NAÇÃO mercantilista: Ensaio sobre o Brasil. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 295 et seq.).

358 CASTRO, *idem*.

359 Expansão que variou, igualmente, conforme a região e o período.

360 CASTRO, op. cit., p.132.

Esta gradual mudança econômica é acompanhada por transformações no plano das mentalidades[361], fomentadas pela expansão de idéias européias, dos filósofos franceses aos economistas ingleses, lidos nos círculos intelectuais de Portugal — matriz da formação de nossa elite até o momento da criação dos cursos jurídicos no Brasil[362].

Surgem anteprojetos, como os dos Conservadores Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Cesário Miranda Ribeiro, de 1842, e o de Rodrigues Torres (Projeto nº94 de 1843), oferecendo detalhados planejamentos para a organização da propriedade privada no país[363], associada à organização da vinda de trabalhadores livres. São já legatários das teses de Wakefield, teórico inglês do neocolonialismo, que preconizava, fundamentalmente, o objetivo da *extensão de mercado* (ou ampliação do campo de emprego de capital e trabalho), mediante a emigração e a organização

361 A respeito da recíproca influência entre os fatores culturais/mentais e as infra-estruturas materiais, sendo ambos ao mesmo tempo "causas" e "conseqüências": VILAR, Pierre. *Hidalgos*... p.56.

362 Sobre o legado português na formação do "Brasil-nação": "*A criação das instituições que regeneram o vínculo social colonial foi transplantada pela legislação portuguesa do séc. XVI ao séc. XIX, onde a normatização dos costumes trazia impregnado o culto ao direito, herança portuguesa que marca um dos princípios de nossa nacionalidade, pois foi através dos Egressos de Coimbra que a legislação do Estado-nação foi construída*" (GAUER, Ruth. A influência da Universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. REUNIÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE PESQUISA HISTÓRICA, 16, 1996. Anais... p.179). Também procurando estabelecer os nexos entre as idéias difundidas no ambiente coimbrão e a formação da elite política brasileira, no momento da Independência, vide o estudo de BRAGA DA CRUZ. Coimbra e José Bonifácio de Andrada e Silva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.58, 1982.

363 CIRNE LIMA. *Pequena*... p. 60.

da propriedade e das relações de produção nas colônias[364]. Tratava-se da *"exportação de capitais e a estruturação de relações capitalistas na colônia, como fórmula destinada a preservar o crescimento do capital"*[365]. Sua teoria da *colonização sistemática* pressupunha necessariamente a intervenção estatal: o Estado não mais doaria terras, mas as venderia aos novos colonos; e com o valor obtido com as vendas custearia a vinda e a instalação de colonos pobres, sem condições de arcar com os custos[366]. Importante mecanismo é o do *sufficient price*, ou instituição do preço mínimo para as vendas, pelo qual o Estado impediria o acesso imediato do assalariado à propriedade da terra[367], criando a propriedade mercantil da terra, exogenamente ao mecanismo de mercado[368].

Sob tal inspiração, declara a Consulta de 8 de agosto de 1842 da Seção do Império, a respeito da proposta de Bernardo de Vasconcellos e Miranda Ribeiro:

364 SMITH. *Propriedade* p. 307. No capítulo "*A transição no Brasil: a absolutização da propriedade fundiária*" (in op. cit., p.237 et seq.), sintetiza Smith as principais idéias da chamada teoria da *colonização sistemática* de Wakefield, elaborada no contexto da baixa da taxa de lucro na Inglaterra, desde 1815, da superpopulação, do temor de convulsões sociais e de um considerável fluxo de emigração espontânea para a América.

365 SMITH, *idem*, p.268.

366 A teoria de Wakefield pressupunha um Estado intervencionista, afastando-se, assim, dos princípios liberais, e não sendo bem vista na Inglaterra. Entre nós, contudo, frutificou, tendo tido papel inspirador da política do Conselho de Estado imperial e dos projetos dos Conservadores no Brasil.

367 SMITH. *Propriedade* p.277-279.

368 Rodrigues Torres, autor de um dos projetos de lei de terras, argumenta exatamente neste sentido, quanto à *valorização das terras* que decorreria da ação do Governo (SMITH, *idem*, p.281 e 315).

> "Um dos beneficios da providencia que a Secção tem a honra de propôr a Vossa Magestade Imperial é tornar mais custosa a acquisição de terras... Como a profusão de datas de terras tem, mais que outras causas, contribuido para a difficuldade que hoje se sente de obter trabalhadores livres é seu parecer que d'ora em diante sejam as terras vendidas sem excepção alguma. Augmentando-se, assim, o valor das terras e dificultando-se, consequentemente, a sua acquisição, é de esperar que o immigrado pobre alugue o seu trabalho effectivamente por algum tempo, antes de obter meios de se fazer proprietário"[369].

É em 1848, com a retomada de poder dos Conservadores, que o debate sobre a regulamentação da propriedade privada vem novamente à tona. O Projeto vitorioso rompeu com certas propostas de seus antecedentes, como aquelas relativas à limitação dos tamanhos das posses e à cobrança de impostos — marcas de um espírito conciliatório[370]. Insere-se, fundamentalmente, na estratégia Saquarema (como era conhecida a elite conservadora que dominou o gabinete imperial naquele período) que apregoava uma passagem *gradual* para a mão-de-obra livre[371]. A mesma idéia inspirara a experiência do sistema de parceria, que fora introduzido pelo Senador Vergueiro na década de 40, não tendo tido bons resultados[372]. A abolição do imposto

369 *Consultas do Conselho de Estado sobre Assumptos da Competência do Ministério do Império, colligidas e publicadas por ordem do governo por Joaquim José da Costa Medeiros e Albuquerque*. Rio de Janeiro, 1888, p.71 et seq., *apud* CIRNE LIMA. *Pequena...* p. 82.

370 SILVA. *Terras devolutas...* p.144-145.

371 SILVA. *Terras devolutas...*p.127-129.

372 Sobre a experiência da parceria e as causas de seu malogro, vide:

Laura Beck Varela, Das Sesmarias à Propriedade.... 2005

territorial, que constava no projeto primitivo, de pronto suscitou críticas e debates, mormente em se tratando de uma lei que procurava angariar recursos para promover a colonização[373].

Finalmente, é em setembro de 1850 que se promulga a Lei n°601, conhecida como "Lei de Terras", verdadeiro marco na história da propriedade privada brasileira. Subsistiu por mais de meio século como única legislação reguladora da apropriação territorial no direito brasileiro.

A Lei de Terras procurará, fundamentalmente, conferir um estatuto jurídico à propriedade privada, adequando-a às novas exigências econômicas, além de fomentar a colonização. Para tanto, institui a formalidade do registro, conceitua terras devolutas, proibindo sua aquisição de outro modo que não fosse a compra (atendida a exigência do preço mínimo), e prevê a criação de uma Repartição Geral das Terras Públicas, encarregada, nas palavras da Lei, de "*dirigir a medição, divisão e descripção das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalisar a venda e a distribuição dellas, e de promover a colonisação nacional e estrangeira*"[374].

BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. As colônias de parceria. In: HISTÓRIA Geral da Civilização Brasileira: o Brasil Monárquico. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1987. v. 3. Reações e Transações. p.245-260.

373 Varnhagen, p.ex., apresentou projeto adicional à lei de 1850, propondo a criação do imposto territorial, que fomentaria a produtividade dos proprietários e auxiliaria nas despesas com colonização (*apud* SILVA. *Terras devolutas*... p.144).

374 Lei n°601: art. 21. *Collecção das leis do imperio do Brasil*, 1850. tomo 11, parte 1ª, secção 44ª, p.312. O Regulamento de 20 de janeiro de 1854, em seu cap. I, trata da aludida Repartição, organizada pela Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (Decreto 2748, de 10 de fevereiro de 1861, citado por VAS-

A necessidade de conceituar e demarcar as terras devolutas, prioridades que transparecem na leitura do texto legal, decorrem do projeto governamental de *colonização* do território. A vinda de colonos livres — alternativa à mão-de-obra escrava — seria precisamente financiada pela venda das ditas terras devolutas[375]. A preocupação com a questão da colonização transparece já em diplomas legais anteriores à Lei de 1850, como a Lei n°514 de 28 de outubro de 1848, pela qual o poder central concedia a cada província seis léguas em quadro de seu território de terras devolutas para a colonização, sendo vedada a utilização de mão-de-obra escrava[376]. Outras medidas, como o pedido de informações do Governo, em 6 de março de 1854, a todos os empregados a serviço da colonização, solicitando-

---

CONCELLOS, J.P. *Livro das Terras ou collecção da lei, regulamento e ordens expedidos a respeito desta materia até o presente*. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Laemmert, 1874). Posteriormente, essa Repartição seria substituída pela Inspetoria Geral das Terras e Colonização, criada pelo Decreto de 6.129 de 23 de fevereiro de 1876.

375 "*Art. 18.* O *Governo fica autorisado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro, certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em Estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de Colonias nos lugares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem*"; e "*Art. 19:* O *producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, de que tratão os Arts. 11 e 14 será exclusivamente applicado, 1° á ulterior medição das terras devolutas, e 2° á importação de colonos livres, conforme o Artigo precedente*". Lígia Osório Silva atenta para a distinção entre a imigração *espontânea*, referente àqueles colonos que tinham condições financeiras de vir e comprar suas terras; e a imigração *regular*, que tinha de ser financiada pelo governo (SILVA. *Terras devolutas*... p.128).

376 Até 1850, no entanto, nenhuma província havia demarcado as suas seis léguas (SILVA. *Terras devolutas*... p.131).

lhes sugestões e relatos a respeito do assunto[377], a elaboração das "Instruções para a Introdução de Imigrantes", de 18 de setembro de 1858, de autoria do Marquês de Olinda, e o regulamento de 1867, bem como a criação, em 1861, do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, revelam os esforços do governo na consecução dos objetivos colonizadores. Até o final do séc. XIX os discursos parlamentares associam o aumento da produtividade agrícola à substituição do elemento servil pelo colono livre e à estrutura da pequena lavoura[378].

377 Relata Vasconcellos que o Governo pediu informações acerca: "*1º, do systema seguido no engajamento dos colonos nos tres períodos da colonisação; 2º, das despezas em cada um delles; 3º, da facilidade ou embaraços no engajamento, e em que classe da população; 4º, dos preparativos para a recepção dos colonos no desembarque, e colônias; 5º, dos contractos e suas alterações; 6º, dos adiantamentos em dinheiros ou outros valores; 7º, do estado da colônia e seu provável futuro; 8º, do estado dos colonos, e dos meios de remediar as queixas que facão; 9º, das vantagens e defeitos do systema adoptado; 10º, dos meios e systemas ensinados pela experiência como mais aptos para attrahir colonos do estrangeiro; a preferencia entre os systemas do trabalho sobre a proteção do emprezario, e do livre, e por própria conta do colono, e quaes as condições que os devão regular. Em 31 do mesmo mez e anno se pedirão informações e esclarecimentos aos presidentes de província sobre a colonisação nacional ou estrangeira estabelecida, ou que se estabelecer nas respectivas provincias, e especificadamente sobre os pontos antecedentes. Em 13 de fevereiro já uma Circular se havia dirigido aos ministros encarregados de negócios, e cônsules brazileiros em Paris, Londres, Lisboa, Estados-Unidos, Berlim, Vienna d'Austria e Hamburgo, solicitando o auxilio de suas luzes e conhecimento sobre a colonisação*" (VASCONCELLOS, J.P.. *Livro das terras*, nota nº 1 ao § 7 do art.3º do Regulamento, p.26).

378 "*É notável o augmento da producção agrícola á medida que os braços escravos vão rareando.*(...) *Poderá, no futuro, a nossa lavoura soffrer alguma modificação, que se irá operando lentamente, sem abalo, e com maior proveito para o paiz; é o estabelecimento em larga escala da pequena lavoura, que venha substituir a grande lavoura, consistente em fazendas ou engenhos com immensas terras e grande cópia de escravos. Em algumas provincias já possuímos culturas, como a do fumo, que são quasi inteiramente feitas por braços livres, e em pequenas áreas, no entretanto vão avultando todos os dias. É para o estabelecimento futuro da pequena lavoura que se chamará grande nos seus resultados econômicos que as immensas terras possuídas actualmente pelos fazendeiros terão de servir, representando um capital que será devidamente remunerado no juro que der: fundando-se igualmente associações e parcerias entre os proprietários e os trabalhadores, e sendo as ditas terras mais bem aproveitadas do que o são hoje. O chefe dessa lavoura, dividida em secções, será sempre o representante do capital, isto é, o proprietário da fazenda e das bemfeitorias nella existentes*". (*Parecer e Projecto de lei sobre o elemento servil, apresentados pela Comissão especial nomeada pela Câmara dos Deputados em 24 de maio de 1870 para examinar este assumpto*. In: A ABOLIÇÃO no Parlamento: 65 anos de lutas, 1823-1888. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo, 1988, v. I, p.370-372). Membros da Comissão: Jeronymo José Teixeira Jr., João José de Oliveira Junqueira, Francisco do Rego Barros Barreto, Domingos de Andrade Figueira, Rodrigo A. da Silva. Semelhante raciocínio em torno do trabalho livre aparece no Manifesto da Sociedade Brasileira contra a escravidão, de 1880 (In: A ABOLIÇÃO... p.587).

Lígia Osório Silva sintetiza os interesses que nortearam a promulgação da Lei de Terras:

"Em 1850, o Brasil acabaria por curvar-se ante os interesses da política econômica inglesa. Por outro lado, internamente, o florescimento da economia cafeeira no Centro-Sul e a solidificação da base sócio-política do regime monárquico, nucleada no Partido Conservador, propiciaram a continuidade do processo de consolidação do Estado nacional.

A adoção da lei de 1850 estava relacionada com essas duas ordens de fatores. Deveria representar um papel fundamental no processo de transição do trabalho es-

cravo para o trabalho livre, aberto com a cessação do tráfico[379] e, ao mesmo tempo, dar ao Estado imperial o controle sobre as terras devolutas que desde o fim do regime de concessão de sesmarias vinham passando de forma livre e desordenada ao patrimônio particular".[380]

379 Cabe aqui uma ressalva a respeito da citada "cessação do tráfico". Na Regência de Feijó, a lei de 1831, que proibira o tráfico e declarara livre todo africano ilegalmente introduzido no Brasil — concessão às pressões externas — não surtiu o efeito esperado, uma vez que entre 1830 e 1850 foram trazidos cerca de 700 mil africanos, segundo BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. 3ª.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.196. Para Joaquim Nabuco, seriam no mínimo um milhão (NABUCO, Joaquim. *A escravidão*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.80 et seq.). Celso Furtado também cita como provável a quantidade de mais de meio milhão na primeira metade do séc. XIX, sendo períodos de intensificação do tráfico os anos de 1827-1830 e 1851-1852 (FURTADO, Celso. O problema da mão-de-obra. In: FORMAÇÃO Econômica do Brasil. Brasília: UnB, 1963, p.147-148). Suspensa sua vigência por Aviso Ministerial de 1853, pelo então Ministro Nabuco de Araújo, seria esta lei invocada pelo movimento abolicionista, como "espectro" que assustou os defensores da ordem escravocrata, na expressão de VIOTTI DA COSTA, Emília. O escravo na grande lavoura In: HISTÓRIA Geral da Civilização Brasileira: O Brasil Monárquico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1981. v.3 Reações e Transações. p.182. É na obra O *Abolicionismo* que Nabuco invoca a referida lei para questionar quantos seriam os escravos legalmente possuídos no Brasil (NABUCO, Joaquim. O *Abolicionismo*. Petrópolis, Vozes, 1988, p.83). Sobre a discussão acerca da vigência da referida lei, vide MENDONÇA, Joseli Maria Nunes de. *Entre a mão e os anéis*. Campinas, ed. Unicamp, 1999, p.170 et seq.

380 SILVA. *Terras devolutas*... p. 334. No mesmo sentido, Smith: "*A Lei de Terras também deve ser entendida como uma necessidade do próprio Estado em recobrar o controle sobre as terras devolutas, termo que já etimologicamente esconde o caráter de terras públicas, cujo estoque deveria ser objeto de um controle social vinculado ao interesse tanto da sua utilização produtiva, quanto da substituição de escravos por trabalhadores livres*" (op. cit., p.336).

Transição do trabalho escravo ao trabalho livre, transição de uma determinada organização jurídica da terra a outra. Nessa condição de *norma de transição*, verdadeiro divisor de águas, a Lei de 1850 procura, de um lado, legitimar as apropriações anteriores, que revestem as formas dos apossamentos, das datas, das sesmarias — sendo o critério legal utilizado, precisamente, o do *efetivo cultivo e morada* sobre as terras, como adiante examinaremos. Por outro lado, quis a Lei instituir novas regras, para que o Estado tomasse as rédeas do desordenado processo de apropriação do território e controlasse a colonização.

Nessa transição, alguns dispositivos legais merecem atenção especial, ao lado dos que aludem ao critério do cultivo: trata-se daqueles referentes à definição das terras devolutas, à proibição de sua aquisição por outro título que não fosse o da compra, e à instituição do preço mínimo nas compras das terras devolutas. O *preço mínimo*, tradução do já mencionado *sufficient price* trazido da doutrina de Wakefield, pautava as vendas das terras devolutas:

"Art. 14. Fica o Governo autorisado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:
(...)
§2°. Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço minimo, fixado anticipadamente e pago á vista, de meio real, hum real, real e meio, e dous réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras.
§3°. A venda fora da hasta publica será feita pelo preço

que se ajustar, nunca abaixo do mínimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Thesouro Publico, com assistencia do Chefe da Repartição Geral das Terras, na Provincia do Rio de Janeiro, e ante as Thesourarias, com assistencia de hum Delegado do dito Chefe, e com approvação do respectivo Presidente, nas outras Provincias do Império".

O preço mínimo — de *meio real* a *dous réis* — de difícil acesso ao lavrador pobre, tinha, nas palavras de Wakefield, o declarado objetivo de "*...prevenir os trabalhadores de virem a se tornar proprietários de terras, de imediato: o preço precisa ser suficiente para esse propósito e não outro*"[381].

Preço mínimo e rígida proibição da ocupação das terras devolutas são, portanto, as duas faces de uma mesma moeda:

"Art. 1° Ficão prohibidas as acquisições de terras devolutas por outro titulo que não seja o de compra[382].
(...)
Art. 2° Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem matos, ou lhes puserem fogo, serão obrigados ao despejo, com perda de bemfeitorias, e demais soffrerão a pena de dous a seis mezes de prisão, e multa de cem mil réis, alêm da satisfação do damno causado. Esta pena porêm não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes"[383].

Este dispositivo é o germe de alguns dos debates doutrinários que ocuparam a atenção dos juristas na época, relativos à própria definição das terras devolutas e ao seu estatuto jurídico. O art.3° é alvo de críticas e interpretações conflitantes:

"Art. 3°. São terras devolutas:
§1°. As que não se acharem applicadas á algum uso publico, nacional, provincial ou municipal.
§2°. As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.[384]
§3°. As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apezar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.
§4°. As que não se acharem occupadas por posses que, apezar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei".[385]

381 WAKEFIELD. *A View of the Art of Colonization* [1849]. *Reprint of Economic Classics*. Nova York, Augustus M. Kelley Publishers, 1969, p.347, *apud* SMITH. *Propriedade...* p.278.

382 As posses de terras devolutas compradas de primeiros ocupantes de posse posterior à publicação da lei n° 601 não eram legitimáveis, segundo os Avisos de 10 de setembro de 1880 e de 26 de março de 1877.

383 Conforme já mencionado (nota n°295), "*heréos confinantes*" era sinônimo então usual para "*vizinhos*".

384 "*Aviso de 27 de abril de 1880, in fine: A vista do art. 22 do Regul. de 30 de janeiro, com referência ao §2° do art. 3°. da presente Lei, deve ser garantido o direito do possuidor de terras que tiver titulo legitimo que justifique o seu domínio, quer as terras tenhão sido adquiridas por posses de seus antecessores, quer por concessões de sesmarias não medidas, confirmadas e cultivadas*" (*apud* TEIXEIRA DE FREITAS JÚNIOR, op. cit., nota n° 6 ao art. 3°, p.6).

385 Carlos de Carvalho, ao definir terras devolutas, na *Consolidação*,

Teixeira de Freitas[386] não deixou de criticar tal definição do art.3°, por demais confusa, na nota ao art.337, do *Esboço*:

> "Quando redigi o art.53 da Consolidação, muito a meu pesar cingi-me a reproduzir textualmente o art. 3°. da lei de 18 de setembro de 1850, que estabeleceu o que se devia entender por terras devolutas. A definição é executada pelo método de exclusão, o que deu em resultado uma contextura ininteligível. Guardando porém o pensamento da mencionada Lei, defino agora as terras devolutas por outro modo que me parece exato."[387]

Propõe o jurista, no art. 337 de seu monumental *Esboço*, conceituar as terras devolutas como: 1°. As que não se acharem aplicadas a algum uso público. 2°. As que não se acharem no domínio particular por algum título legítimo, ou que não foram havidas por sesmarias e outras concessões do Gôverno Geral ou Provincial. 3°. As que foram havidas por sesmarias e outras concessões do Gôverno Geral ou Provincial, mas incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. 4°. As que foram havidas por sesmarias ou pelas ditas concessões, incursas em comisso; se as sesmarias ou concessões não foram revalidadas. 5°. As que foram ocupadas por meras posses, se estas não foram legitimadas[388].

art. 202, acrescenta aos parágrafos da Lei os seguintes: "(...) *d) as que não se acharem occupadas por posses anteriores á lei n.601 de 18 de setembro de 1850 legitimaveis, por serem mansas, adquiridas por occupação primaria ou havidas do primeiro occupante, estarem cultivadas ou com principio de cultura e morada habitual do posseiro ou de quem o represente, quer taes posses consistão em campos de criação quer em terras de cultura, ainda que seja de seringaes; e) as que se acharem occupadas por posses de occupação posterior á lei n.601 de 18 de setembro de 1850; f) os terrenos dos extinctos aldeamentos de índios, si não estiverem inscriptos como próprios, aforados ou remidos.*" (CARVALHO. *Direito Civil Brazileiro recopilado; ou Nova Consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1899, p.66).

386 Augusto Teixeira de Freitas é considerado o maior jurista brasileiro do sec. XIX e, seguramente, está entre os mais exponenciais personagens em toda a vida jurídica brasileira. Numa época em que as faculdades de direito (Olinda e São Paulo) produziam políticos, diplomatas, homens de Estado, poetas, Teixeira de Freitas foi um verdadeiro jurista: produziu a "*Consolidação da Leis Civis*" (1857) e, posteriormente o "*Esboço*" do Código Civil, obras que influenciaram decisivamente o Código Civil Brasileiro e o Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield. Nestas obras, notadamente no "*Esboço*", pôde Teixeira de Freitas manifestar sua imensa cultura e o seu espírito criador, que o fizeram antecipar soluções que apenas muitas décadas após vieram a ingressar no direito positivo, como a teoria das pessoas e a perspectiva escalonada dos atos jurídicos, sempre revelando, segundo anota Moreira Alves "*a maior qualidade do jurisconsulto: o equilíbrio entre o respeito à tradição e a justa medida das inovações necessárias*". Por suas qualidades, Nelson Saldanha empregou, para qualificá-lo, a formula de Jan Kott, segundo a qual "*os clássicos ou estão mortos ou são contemporâneos*". vide, de MOREIRA ALVES, José Carlos. A Formação Romanística de Teixeira de Freitas e o seu Espírito Inovador; e de SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. Ambos In: SCHIPANI, Sandro (org.). AUGUSTO Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano. Padova: CEDAM, 1988. Acerca da construção sistemática de Freitas veja-se também: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Técnica Jurídica na obra de Teixeira de Freitas: A Criação e a Dogmática Civil Brasileira. In: SCHIPANI, S.(org.)., op. cit.; e MARTINS COSTA, Judith. O Sistema na Codificação Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999. p.15.

387 TEIXEIRA DE FREITAS. *Código Civil:* Esboço. Ministério da Justiça e Serviços Interiores, Serviço de Documentação, 1952, p. 206-207.

388 TEIXEIRA DE FREITAS, *idem*, p. 206. Vide também os arts. 53 e 904 da *Consolidação*.

A respeito das ditas terras devolutas discute-se a possibilidade de usucapião, diante do art.1° da Lei de 1850, que proíbe outro título de aquisição que não fosse o da compra[389].

O raciocínio desenvolvido pelos juristas é no sentido de que a Lei de 1850 teria abolido o costume da aquisição do domínio pelo mero apossamento das terras devolutas, a que alguns chegam a curiosamente denominar "usucapião imediato"[390]. Não teria a Lei, porém, revogado os dispositivos da lei civil vigente acerca da usucapião quadragenária,

389 A respeito desse debate e seus desdobramentos posteriores na doutrina e na jurisprudência vide as observações de LIMA PEREIRA. O Município de S. Paulo e os seus bens dominicaes; AZEVEDO MARQUES. Terras devolutas e terrenos urbanos — Quaes pertencem aos Municípios Paulistas; e MORATO, Francisco. Terras devolutas — dominio das câmaras municipaes sobre terras devolutas. (todos in: Revista dos Tribunais, v. LXII, fasc.331, maio 1927); CARVALHO, Daniel de. Parecer. *Revista Forense*, v.31, 1919. p.309-315) e o parecer de MAXIMILIANO, Carlos. *Revista de Direito Administrativo*, v.16, abr./jun. 1949. p.342-349.

390 Assim Azevedo Marques, ao defender a possibilidade de usucapir as terras devolutas, define a prescrição aquisitiva como título legítimo para adquirir o domínio, e distingue a *posse ad usucapionem* da *posse sobre terras devolutas* — a que chama de "usucapião imediato", instituto do direito costumeiro anterior à Lei n° 601: "*... a Lei de 1850 não modificou o Direito Civil quanto á prescripção acquisitiva. De maneira que, antes e depois dessa lei, continuou a ser titulo legitimo de dominio a posse capaz de produzir o usucapião. O que a Lei de 1850 aboliu foi a acquisição gratuita e immediata do dominio, pela posse de tempo inferior ao exigido pelo direito comum para operar a acquisição do dominio*".(...) "*... é indiscutível que, no regimen da Lei de 1850, a posse longa, por si só, sem mais qualquer outra formalidade administrativa, fazia, como hoje, adquirir o dominio, pois era titulo legitimo. O que a Lei de 1850 prohibiu foi a simples occupação, que é coisa differente da posse juridica...*" (AZEVEDO MARQUES. *Terras devolutas*... p.181, 183-184).

que incidiria sobre as terras devolutas, tidas como *bens patrimoniais* do Estado[391] (ou seja, bens acerca dos quais tem o Estado disponibilidade, os bens ditos "dominicais" na linguagem do vigente código civil[392]). A usucapião quadragenária era admissível contra o Estado, segundo Lafayette[393] e Clóvis Bevilacqua, que insistiam na tese de que o art. 1° não impedia a usucapião das terras devolutas: impedia, sim, as concessões[394].

391 Teixeira de Freitas, no art. 1332 da 2ª. ed. da Consolidação, escreve "*As cousas do uso publico (art.52, §1°, não prescrevem em tempo algum, e do mesmo modo as publicas servidões*", esclarecendo, na nota ao mesmo artigo que "*É importante a distincção entre as cousas do uso publico e as do dominio do Estado, porque as primeiras são imprescriptiveis, o que não acontece com as segundas*" (TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação*... p.630-631).

392 Dispõe o art. 99 que são bens públicos "III — os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades", à semelhança do artigo 66 do Código Civil de 1916: "Art. 66. Os bens públicos são: I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças. II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal. III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades."

393 PEREIRA. *Direito das Cousas*. § 62: "*...podem ser prescriptas as cousas do dominio do Estado, isto é, aquellas ácerca das quaes o Estado é considerado como simples proprietario, taes como as terras devolutas...*" (e também: PEREIRA, Laffayete Rodrigues. Parecer n°194, de 22 de setembro de 1897. In: PEREIRA FILHO, Laffayete Rodrigues. PARECERES. Rio de Janeiro: Livraria Conselheiro Cândido de Oliveira, 1921. v.1 — Direito civil. p.349).

394 BEVILACQUA, Clóvis. *Soluções práticas de direito*, v. III, São P., 1930, p.107-108. Posteriormente, o Código Civil fixou em 30 anos a regra geral para o prazo prescricional, e definiu, em seus arts.66-67, a classificação dos bens públicos, prescrevendo em seu art.67 a inaliena-

Com isso, oferecia a construção doutrinária respaldo, em certa medida, à continuidade dos apossamentos que caracterizaram o período colonial como um todo, minimizando a ruptura intentada pelo legislador[395].

A definição das terras devolutas expressa, fundamentalmente, a necessidade do Estado de controlá-las, a fim de instrumentalizar os objetivos de colonização e gradual substituição da mão-de-obra escrava[396].

> "Após a regulamentação da Lei de Terras, assiste-se a uma inversão na conduta do Estado em relação à identificação e demarcação da propriedade. O Estado passa a assumir a iniciativa de discriminar e demarcar suas terras, denominadas 'devolutas', quando o encaminhamento anterior era aquele pelo qual cabia inicialmente ao proprietário privado comprovar e identificar suas terras, considerando-se devolutas as terras remanescentes".[397]

---

bilidade dos bens públicos, em redação confusa, consoante Bevilacqua (BEVILACQUA, Clóvis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brazil commentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. v.1. p.319).

395 *"a consagração do usucapião das terras públicas significou a adaptação da legislação às características assumidas pela ocupação territorial desde os tempos coloniais"* (SILVA. *Terras devolutas...* p.341).

396 *"A Lei de Terras também deve ser entendida como uma necessidade do próprio Estado em recobrar o controle sobre as terras devolutas, termo que já etimologicamente esconde o caráter de terras públicas, cujo estoque deveria ser objeto de um controle social vinculado ao interesse tanto da sua utilização produtiva, quanto da substituição de escravos por trabalhadores livres"* (SMITH, op. cit. p.336).

397 *Idem*. p.350-351. Prossegue o autor, afirmando que o Registro Torrens *"prescreve o registro e garantia do Estado de toda propriedade privada fundiária sobre a qual não haja dúvidas quanto a identificação e direitos certos e não contestados"*.

Intento da Lei era extremar o domínio público do particular, conforme o art. 10[398]. Coube ao Decreto imperial nº1318 de 30 de janeiro de 1854, conhecido como Regulamento da Lei de Terras, esmiuçar as normas que conduziriam o referido processo de distinção entre o público e o privado, criando a figura do Juiz Comissário (art.30) e um procedimento de cunho contencioso-administrativo, à semelhança daquele previsto no Direito Francês[399]. Peculiaridade importante desse procedimento era sua dependência em relação à iniciativa privada: o Juiz Comissário só agiria na medição e demarcação após o requerimento de um particular, consoante o art.36[400].

Ao lado da figura do Juiz Comissário, responsável pela

---

398 *"Art.10. O Governo proverá o modo pratico de extremar o dominio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução às Autoridades que julgar mais convenientes, ou a Commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o Governo."*

399 JUNQUEIRA. *As terras...* p.75. Acerca da importância dada pelo Regulamento ao Juiz Comissário, figura estranha aos quadros da Magistratura togada, observa Lígia Osório Silva que: *"Foi mais um indício da tensão existente em relação à distribuição de poderes dentro do Estado imperial. As oligarquias regionais não simpatizavam com a centralização administrativa e obtiveram nesse aspecto uma vitória. Conseguiram deixar nas mãos de uma figura local e inexpressiva, sujeita a pressões, portanto, a execução de uma tarefa da qual dependia todo o mecanismo de regularização da propriedade da terra"* (SILVA. *Terras devolutas...* p.169). Conforme os arts. 30 e 31 do Regulamento, quem fosse nomeado pelo Presidente da Província para o cargo de Juiz Comissário era obrigado a aceitá-lo, sob pena de multa.

400 *"Art.36. Os juizes commissarios não procederão a medição alguma sem preceder requerimento de parte; o requerimento deverá designar o lugar em que é sita a posse, sesmaria, ou concessão de governo, e os seus confrontantes"*.

medição das terras dos sesmeiros em situação irregular e dos posseiros, havia outras duas autoridades encarregadas, em alguma medida, dos processos de medição: o *Inspetor Geral de Medições*, para as terras propriamente devolutas, e o *juiz municipal*, para os detentores de um título legítimo de terras, que não necessitassem passar pelos processos de revalidação ou legitimação[401].

Objetivo final do processo de medição conduzido pelo Juiz Comissário era a obtenção de um *título*, que seria expedido pela repartição pública competente. A Lei de Terras — enquanto divisor de águas entre a *propriedade*, reino do formal, do direito, e a mera *posse*, terreno da

401 A respeito destes últimos, assinala Messias Junqueira: "... *o decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, introduziu uma novidade, que não estava no texto da lei n.601, de 1850. Aqueles que já tivessem, ao tempo da lei n.601, título legítimo de domínio de suas terras não tinham, por essa lei, necessidade alguma de revalidá-las ou legitimá-las, eis que tais terras eram particulares, não eram consideradas devolutas pelo art.3° da citada lei n.601. Pois o decreto 1.318 permitiu que estes legítimos proprietários, que quizessem obter título outorgado pelas repartições de terras públicas, o pudessem fazer, desde que requeressem a medição de suas terras. Como aqui não se tratavam de terras devolutas, é claro que não seria tal medição levada a efeito pelo Inspetor Geral de Medições. E nem se tratando aqui de terras públicas que, por disposição da lei 601, houvessem vertido para o domínio privado, dita medição não seria muito menos realizada pelo Juiz Comissário de Medições. Pois que eram essas terras particulares, seriam então medidas pela autoridade judiciária, o Juiz Municipal, segundo o processo fixado nas leis existentes e com recurso para as autoridades competentes. Obtida a sentença de medição, com trânsito em julgado, o proprietário solicitaria ao presidente da província lhe mandasse passar o título, ouvidas as autoridades administrativas, e pagos os direitos de chancelaria. Eram êsses Juízes Municipais, por determinação de lei, os conservadores das terras devolutas existentes em seus termos, encargo em que os auxiliavam os delegados, sub-delegados e juízes de paz, em seus respectivos distritos.*" (JUNQUEIRA. *As terras...* p.82-83).

informalidade, dos fatos — não poderia deixar de conter uma menção ao *título*. Instrumento da formalização do direito de propriedade, ainda não se trata de um típico título dominial passado em cartório, porém o fruto de um contencioso administrativo *sui generis*.

Ao lado deste título de origem jurídico-administrativa, outra medida no sentido de organizar as terras possuídas é prevista no art.13 *infra* transcrito:

> "Art.13. O mesmo Governo fará organisar por Freguezias o registro das terras possuidas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas áquelles que deixarem de fazer nos prazos marcados as ditas declarações, ou as fizerem inexactas".

É o Regulamento de 1854 que institui o aludido registro das terras possuídas, conhecido como "Registro do Vigário", devido ao papel atribuído aos párocos na organização dos dados sobre as terras[402]. É o que previam os arts. 91 e 97:

> "Art.91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o titulo de sua propriedade ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras que possuirem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na côrte e provincia do Rio de Janeiro da data fixada pelo ministro e secretario de estado dos negocios do Imperio, e nas provincias da fixada pelo respectivo presidente.
> Art.97. Os vigarios de cada uma das freguezias do Im-

402 Trata-se de caso em que o poder estatal aproveita o aparato eclesiástico, provavelmente a única estrutura organizada em grande parte das vilas e povoações pelo interior do país.

perio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder a esse registro dentro de suas freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão nomear e ter sob sua responsabilidade".

As declarações para o registro das terras, segundo o art.94 do Regulamento, não conferiam direito aos possuidores.[403] O objetivo do registro paroquial era tão-somente o de levantamento estatístico[404], completamente diverso do registro público, segundo Teixeira de Freitas:

403 O Registro paroquial não tinha compromisso com a verdade: o vigário seria obrigado a registrar informações mesmo que as soubesse falsas, como revela explicitamente o art.102 do Regulamento: "Art.102. Se os exemplares não contiverem as declarações necessarias, os vigarios poderão fazer aos apresentantes as observações convenientes a instrui-los do modo por que devem ser feitas essas declarações, no caso de que lhe pareça não satisfazer ellas ao disposto no art.100, ou de conterem erros notorios; se, porém, as partes insistirem no registro de suas declarações pelo modo por que se acharem feitas, os vigarios não poderão recusa-las". (grifamos). O art. 100 dizia que "*As declarações das terras possuídas devem conter o nome do possuidor, a designação da freguezia em que estão situadas, o nome particular da situação, se o tiver; sua extensão, se fôr conhecida, e seus limites*". Avisos como o de 22 de dezembro de 1854 reforçam o quão limitada era a atribuição do vigário: "*A declaração para o registro, apresentada por aquelle que tinha abandonado por annos a posse de um sitio adquirido por compra, deve ser aceita, porque aos vigarios não compete avaliar a legitimidade das posses*"; e, ainda, como o de 5 de dezembro de 1854, a ausência de comprometimento com a verdade que pautava a ordem das declarações paroquiais: "*Deve ser registrada toda e qualquer porção de territorio, qualquer que seja a sua extensão, sendo esta mencionada approximadamente quando não fôr conhecida com exactidão*" (VASCONCELLOS. *Livro das Terras*. p.70).

404 "*O registro paroquial foi uma simples tentativa de obter o govêrno do Império a relação sistemática de todos os possuidores de terras no país. Não teve intenções de cadastro, nem outro objetivo que não fôsse o simples conhecimento estatístico das terras na propriedade ou na posse privada*". (JUNQUEIRA. *As terras*... p. 85). O governo pretendera aproveitar a figura do vigário, enquanto membro da comunidade local dotado de alguma instrução, visto que provavelmente conheceria a situação da maior parte dos moradores e poderia, por conseguinte, auxiliar na redação dos registros e tomar providências como aquela prevista no Aviso de 10 de fevereiro de 1857: "*Os vigarios devem remetter listas de todos os que deixarão de registrar as suas posses dentro do primeiro prazo, sejão quaes forem as circunstancias, fazendo comtudo as observações que julgarem convenientes, para serem tomadas na devida consideração*" (VASCONCELLOS, op. cit. p.74).

"Com esse registro nada se predispõe, como pensão alguns, para o cadastro da propriedade immovel, base do regime hypothecario germanico. Teremos uma simples descripção estatística, mas não uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel no paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O systema cadastral é impossível entre nós".[405]

Suscitou, todavia, inúmeros debates. Não servia, juridicamente, como prova ou título de domínio[406], embora tenha a prática imposto tal entendimento. Tanto é assim que, até a década de 50 do século XX, polemizou-se a respeito da natureza do registro paroquial: quando da construção de Brasília, teve a União de discutir em juízo o direito às terras, em oposição a um particular que exibia seu Registro do Vigário[407].

A fraqueza do referido registro[408] revela a tensão entre

405 TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação*... p. 533-534.

406 LINHARES DE LACERDA. *Tratado das terras*... p.179.

407 BRASIL, Congresso, Senado Federal, *Estudos sobre a dominialidade das terras do Distrito Federal*. Brasília, 1972, p.36, *apud* SILVA. *Terras devolutas*... p.175.

408 No comentário de Roberto Smith, este registro "...*tinha pouco efeito prático para conferir legitimidade pública às terras privadas.*

os interesses provinciais e as forças que pretendiam concentrar o poder no centro, encabeçadas pela elite burocrática imperial e pela elite cafeicultora, sobretudo carioca[409].

A resistência apresentada pelos senhores rurais contara com apoio na doutrina jurídica: para Teixeira de Freitas, os procedimentos de revalidação e legitimação constituiam uma *faculdade*, não havendo o *dever* de legitimar e de revalidar[410]. Foi, assim, limitada a efetivação da lei e de seu regulamento, tanto em relação às declarações junto ao registro paroquial[411] quanto à concretização das ordens de medição[412]:

Baseado em declarações imprecisas, lacônicas — *cobrava-se o registro pelo número de palavras — não tinha os meios adequados para impor garantia estatal à propriedade privada. Somente em 1890 seria instituído, facultativamente, o registro de terras, conhecido como Registro Torrens*" (SMITH. *Propriedade...* p.336-337). Sobre o Registro Torrens, vide II, 1, "*b*", *infra*.

409 SILVA, op. cit. p.175. Essa tensão expressa-se em iniciativas, como as de 1834 e 1848 (lei 514 de 28 de outubro de 1848), que procuraram deslocar para o âmbito provincial a organização da imigração — e que se chocam com o caráter centralizador da Lei de Terras, que se mescla com algumas concessões aos interesses regionais, como o papel central atribuído aos presidentes das províncias no processo de medição e demarcação das terras devolutas.

410 TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação...* nota n °23 ao art.904, p. 533: "*A revalidação, e legitimação, das posses de terras, nos termos da legislação das terras devolutas e publicas, não é uma obrigação dos possuidôres, á cujo cumprimento possão ser compellidos judicialmente ou administrativamente. É um direito, que lhes foi facultado, e de que podem usar, se quizerem. Não usando, deixando de procedêr á respectiva medição nos prazos marcados, incorrem no commisso do Art. 8° da Lei de 18 de Setembro de 1850. Não se confunda este commisso e o da legislação das sesmarias attendido nos casos de revalidação*".

411 SILVA. *Terras devolutas...* p.180. É possível e provável que, na prática, num primeiro momento, apenas a minoria dos senhores rurais tenha procedido ao registro das áreas ocupadas ou havidas de sesmaria,

"Apesar de todas as facilidades oferecidas pela legislação imperial e republicana para a regularização da sua situação, poucos posseiros e sesmeiros mediram e demarcaram as suas terras e estiveram, portanto, em condições de tirar um título de domínio expedido pelo Estado. As razões para essa atitude eram semelhantes àquelas que haviam colocado a grande maioria dos sesmeiros na ilegalidade: a agricultura predatória que esgotava rapidamente o solo e impelia os fazendeiros a incorporarem incessantemente novas terras ao cultivo. Enquanto fosse possível incorporar terras devolutas, não havia necessidade de alterar o padrão do cultivo. Outros fatores naturalmente também influíram, como a certeza de que os prazos seriam dilatados, a especulação dos grileiros etc."[413]

Ao lado da definição do estatuto jurídico das terras devolutas, delineiam-se aos poucos os contornos do direito de propriedade privada —, seus pressupostos, suas carac-

---

segundo Márcia Motta: "*Para os fazendeiros mais importantes, era preferível, portanto, acionar sua rede de relações pessoais ao invés de se aventurar a realizar um registro, assegurando o seu direito à terra com base num documento (o Registro Paroquial de Terras), que dependia do reconhecimento dos limites territoriais de suas terras por parte de seus confrontantes. Ao fim e ao cabo, a legalização das terras não correspondeu à definição dos limites expressos nos Registros de Terras*" (...) "*Os intermitentes conflitos de terra no país demonstram que a legalização da terra se dá nos bastidores dos Cartórios locais, com a conivência de tabeliães e testemunhas que simplesmente alteram a extensão da terra e forjam cadeias sucessórias. Assim, o processo de legalização de uma grilagem parte, indubitavelmente, de relações pessoais capazes de auxiliarem na mágica que transforma uma grilagem em propriedade privada*". (MOTTA. *Nas fronteiras...* p.301).

412 SILVA. *Terras devolutas...* p.197 et seq., em especial: p.215.

413 SILVA. *Terras devolutas...*, p.339.

Laura Beck Varela. Das Sesmarias à Propriedade... (Rio de Janeiro, 2005)

terísticas, seus efeitos. Abre-se margem à afirmação de seu caráter absoluto, ilimitado, próprio do modelo proprietário moderno[414], marcas de uma nova *"antropología dominical"*[415] que fincava suas raízes na cultura jurídica pátria.

Neste processo de transição da forma *concessionária* à forma jurídica *plena* da propriedade territorial, buscar-se-á, em aparente paradoxo, um mesmo e velho elemento: o *cultivo*. Este servirá como critério para demarcar a distinção entre as terras devolutas e aquelas que serão, daí para diante, asseguradas aos seus senhores com o caráter de inviolabilidade[416]. É a ausência do cultivo que determina o caráter *devoluto* das terras. A lei, em certas passagens, chega a equiparar terras *devolutas* a terras *incultas*. É o que defende Messias Junqueira:

> "Respeitada ... a detenção de todo aquêle que, sem títulos dominiais legítimos, estivesse ocupando o solo brasileiro, aí tendo cultura efetiva e morada habitual, fôsse um simples posseiro, desamparado de qualquer título, ou fôsse um sesmeiro ou concessionário relapso — tudo o mais, que estivesse, naquele tempo, desocupado, desabitado, não cultivado, êrmo, vago, não reservado para o uso público, seria devoluto". (grifos do autor)[417]

Por isto é que aproveitamento econômico, cultivo — *"princípios de cultura e morada habitual"*, na linguagem da Lei — é o parâmetro utilizado para proceder às revalidações de sesmarias e legitimações de posses. Em outras palavras, a Lei regulariza essas formas de ocupação, determinando que os sesmeiros e posseiros, sob certas condições, se tornassem proprietários[418].

414 GROSSI. *La propiedad...*, cit.; *Proprietà...*, cit.

415 Conforme a já citada expressão de CLAVERO. *Les domaines...*

416 *"Ao mesmo tempo em que consagrava a via administrativa como instância para regularizar a propriedade da terra (preterindo a magistratura), a lei de 1850 excluía da definição de terras devolutas as terras que estivessem na posse de particulares com um título legítimo de domínio. Assim sendo, a partir do momento que um ocupante das terras devolutas regularizasse a sua situação, suas terras não poderiam mais reverter ao patrimônio público (salvo por desapropriação), como no caso das sesmarias, que eram concessões condicionais. Estava-se assim transitando da forma concessionária para a forma plena da propriedade territorial."* (SILVA. *Terras devolutas...*, p.338).

417 JUNQUEIRA, Messias. *As terras devolutas na Reforma Agrária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p.68. Propõe o autor, a seguir, uma definição: *"Terras devolutas são as que não estão incorporadas ao patrimônio público, como próprios, ou aplicadas ao uso público, nem constituem objeto de domínio ou de posse particular, manifestada esta em cultura efetiva e morada habitual"*. Também em outras passagens equipara terras devolutas a terras não aproveitadas, não cultivadas, não apossadas, invocando a legislação imperial: a Ordem de 3 de dezembro de 1836, o Aviso nº43, de 16/03/1847; o Aviso nº98, de 8 de maio de 1854, art.37; o Decreto nº5788, de 04/11/1874 (*idem*, p.72-74).

418 Enuncia Messias Junqueira que o legislador raciocinou "com humanidade", ou com "prodigalidade pasmosa": *"Se o Brasil, raciocinou esse legislador, — pelas dificuldades de concessões de cartas de sesmarias, pela quase impossibilidade de medições regulares das terras concedidas, dada a penúria de agrimensores — se o Brasil está ocupado por simples posseiros ou mesmo por sesmeiros relapsos, mas que cultivam o solo e o habitam, será desumanidade considerar ilegítima e ilegal essa ocupação, manifestada pela cultura efetiva e moradia habitual"* e, em outra passagem: *"Não foi nada severo, como já se lhe tem chamado, o legislador que disciplinou no Brasil o instituto jurídico das terras devolutas. Foi mesmo de uma prodigalidade pasmosa: garantiu a ocupação mansa e pacífica de quem merecia essa garantia da lei, num país cujo imenso sertão precisava ser povoado e cultivado e cujas fronteiras era mistér que fôssem nacionalizadas"* (JUNQUEIRA. *As terras...*", cit., p.69 e 71). Mais do que nos sentimentos íntimos humanitários da *mens legislatoris*, de difícil apreensão, as razões que explicam a opção legislativa residem, como mencionamos anteriormente, na complexa situa-

Assim, na passagem para uma forma jurídica absoluta da propriedade, o *cultivo*, velho princípio da legislação portuguesa, é o fundamento, o critério para instauração de uma *nova ordem proprietária*. Nesta nova ordem, contudo, uma importante modificação: o cultivo (que, nas sesmarias, constituía elemento central, fundamento da concessão, condição de revogabilidade), deixa de ser elemento do direito. O novo direito de propriedade, em sua abstração, prescindirá do velho fundamento[419].

Linhares de Lacerda, criticando a genérica equiparação do sentido de *devoluto* a *inculto*, por se referir apenas a um dos aspectos da definição das terras devolutas — o da teórica "devolução" das terras dos beneficiários inadimplentes ao patrimônio da Coroa — afirma:

> "...as terras cultivadas de posse caduca e não legitimada também são devolutas embora estejam ocupadas com plantações. De outra parte os terrenos incultos que estiverem no domínio particular por qualquer título legítimo não se consideram devolutos segundo os expressos termos do §1° da Lei"[420].

O cultivo é, pois, invocado para ser rompido como fundamento: após a publicação da Lei, o critério da cultura efetiva não mais poderia ser chamado para penalizar senhores de terras. Retira-se do Estado a possibilidade jurídica de reaver as terras não cultivadas, a não ser em caso de expropriação mediante indenização prévia. Por estas vias transversas e paradoxais, opera-se a *transição* de uma forma jurídica proprietária a outra, de uma forma condicionada, pré-moderna, a uma propriedade absoluta e incondicionada.

Porém, antes de proceder à ruptura em relação ao fundamento do cultivo, vale-se dele ainda uma vez o legislador para regular as revalidações de sesmarias e as legitimações das posses.

Neste sentido, dispõe o art. 4°:

> "Art. 4° Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que forão concedidas". (grifei)

Também menciona-o expressamente o art. 5°, §2°, que alude ao direito de legitimação da posse contra os sesmeiros portadores de título hábil:

> "Art.5°. Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:
> §1°. Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado, ou do necessario para a pastagem dos animaes que tiver

---

ção fundiária que a Lei pretendia disciplinar, nos fatores econômicos internos e externos relacionados ao desenvolvimento da economia capitalista, e no projeto político levado a cabo pela elite Saquarema. Tão pasmosa prodigalidade garantiu a grande número de senhores de vastas terras, antes meros posseiros, a condição de proprietários de pleno direito.

419 A isso voltaremos em breve, e também no item 2, "a" e "b", *infra*.

420 LINHARES DE LACERDA. *Tratado*... p.129. No mesmo sentido: COSTA PORTO. O *sistema*... p. 144.

o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, com tanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de huma sesmaria para cultura ou criação, igual ás últimas concedidas na mesma Comarca ou na mais visinha.
§2°. As posses em circunstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito à indenização pelas bemfeitorias.
Exceptua-se desta regra o caso de verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em Julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros: 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos: 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por dez annos.
§3°. Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1°, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se também posseiro para entrar em rateio igual com elles". (...)

O capítulo III do Regulamento de 1854, que trata da "*revalidação e legitimação das terras, e modo practico de extremar o domínio publico e particular*", afirma, em seu art. 22, proteção aos possuidores e sesmeiros, os quais seriam garantidos "*em seu dominio*", quando detentores de "*qualquer titulo legitimo*"[421]. Pelo art.24, estavam sujeitas

421 "*Art.22. Todo o possuidor de terras que tiver titulo legitimo de acquisição do seu domínio, quer as terras que fizerem parte delle tenhão sido originariamente adquiridas por posses dos seus antecessores, quer por concessões de sesmarias não medidas, ou não confirmadas, nem cultivadas, se acha garantida em seu dominio, qualquer que fôr a sua extensão, por virtude do disposto no § 2° do art.3° da Lei n.601 de 18 de setembro de 1850, que exclue do dominio publico, e considera como não devolutas todas as terras que se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo*".

à legitimação: aquelas posses que se achassem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título além da ocupação (§1°); as que, em poder do primeiro ocupante, não tivessem sido adquiridas por título legítimo (§2°) e as que, em poder do primeiro ocupante, tivessem sido alienadas contra a proibição do art. 11 da Lei n.601. Este obrigava os posseiros a tirar título dos terrenos que lhes pertencessem por força da Lei, para fins de hipoteca e alienabilidade, como veremos adiante.

Volta o cultivo a ser mencionado na caracterização do abuso. O art. 6° da Lei procura estabelecer, pela via da negação, o que se entendia por *cultivo* para fins de regularização fundiária:

> "Art. 6° Não se haverá por principio de cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, a simples roçados, derribadas ou queimas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva, e morada habitual exigidas no Artigo antecedente"[422].

Também os arts. 8° e 9° valorizam o cultivo, que atua

422 Semelhante às preocupações do sesmeiro Álvaro Gonçalves, que passaram às Ordenações Afonsinas e, posteriormente, às Filipinas (§8° do título sobre sesmarias, citado na parte I, 1, "b").

como critério de exceção aos já conhecidos deveres de medição e demarcação:

> "Art. 8°. Os possuidores que deixarem de proceder a medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em comisso, e perderão por isso o direito que tenhão a serem preenchidos das terras concedidas por seus títulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o somente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto"[423].
> "Art. 9°. Não obstante os prazos que forem marcados, o Governo mandará proceder á medição das terras devolutas, respeitando-se no acto da medição os limites das concessões e posses que se acharem nas circunstancias dos artigos 4° e 5° (...)"[424].

O art. 27 do Regulamento n°1318[425], e os avisos de 29 de setembro de 1856 e 6 de setembro de 1859[426] — reafirmam o caráter devoluto das sesmarias não cultivadas, nem medidas, nem demarcadas.

O princípio do cultivo atua, ainda, como critério na preferência para compra de terras devolutas:

> "Art.15. Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua acquisição, terão preferencia na compra das terras devolutas que lhes forem contíguas, com tanto que mostrem pelo estado da sua lavoura ou criação, que tem os meios necessários para aproveita-las".

Pelo avesso ou pelo direito observa-se, pois, nesta história de ruptura, a permanência dos princípios tradicionais do cultivo e morada habitual. É o que afirma, aliás, Edmundo Zenha, identificando, dentre os legados da lei n°601, o emprego de certos elementos da nossa tradição, tais como a valorização ao trabalho e à posse de boa-fé, ressaltando seus aspectos positivos (como Messias Junqueira, a respeito da "prodigalidade pasmosa"[427]) no otimismo ingênuo que caracteriza a historiografia jurídica sobre o tema:

---

423 Pelo Aviso de 24 de setembro de 1877 (e Av. de 10 de setembro de 1880), o dispositivo referia-se às posses havidas entre a data da Lei e a do Regulamento de 1854 (cf. TEIXEIRA DE FREITAS JR., op. cit., nota n °18, p.15). A falta de clareza a respeito do art. 8° possibilitou, segundo Lígia Osório Silva, que se preservasse o direito dos possuidores desobedientes, desde que cultivassem suas terras, funcionando, ao fim e ao cabo, este dispositivo como *"um aval do governo para a continuidade da posse, apesar de o artigo 1° da lei contradizer isso"* (SILVA. *Terras devolutas...* p.161).

424 Para execução do art.3°, §2° do Decreto 1.318, foi promulgado outro Regulamento, de 8 de maio de 1854, que descrevia os critérios para medição e demarcação, organizado pela Repartição Geral das Terras Públicas.

425 *"Art.27. Estão sujeitas á revalidação as sesmarias, ou outras concessões do governo geral ou provincial que, estando ainda no domínio dos primeiros sesmeiros, ou concessionarios, se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionário ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas e demarcadas. Exceptuão-se porém aquellas sesmarias ou outras concessões do governo geral ou provincial que tiverem sido dispensadas das condições acima exigidas por acto do poder competente; e bem assim as terras concedidas a companhias para estabelecimento de colônias, e que forem medidas e demarcadas dentro dos prazos da concessão".*

426 VASCONCELLOS. *Livro das terras*, nota ao art. 27 do Regulamento, p.41.

427 Vide nota n°418.

Documento protegido por direitos de autor. Laura Beck Varela, Das Sesmarias à Propriedade... Rio de Janeiro: 2005

"... exemplo de generosidade e de compreensão de nossos problemas rurais, respeitando a posse produtiva e de boa-fé, marco primeiro do desbravamento profícuo da terra, único valor positivo em regiões onde o solo não vale nada, ou vale muito pouco. A lei sobrevive pela largueza de orientação que imprimiu ao problema da terra devoluta num país onde ontem, como ainda hoje, em certos lugares, é o trabalho a determinação única do valor."[428]

Também Smith destaca a continuidade com o sistema legislativo anterior:

"A Lei de Terras regulara finalmente a posse e a sesmaria em comisso. A rigor, não fugira juridicamente de certas cláusulas que a legislação de terras portuguesa sempre considerara — a legitimação, em última instância, pela utilização efetiva".[429]

Com o passar do tempo, porém, a ruptura falará mais forte: elemento de permanência, o fundamento do cultivo é, aos poucos, na transição para o modelo de propriedade absoluta, deixado de lado[430]. Terras devolutas passam a ser

428 ZENHA Edmundo. Terras devolutas: a lei n.601 de 1850. *Revista de Direito Administrativo*, nº28, abr./jun. 1952. p. 445.

429 SMITH. *Propriedade* p.330. Prossegue o autor: "*Era uma diretriz que, mesmo não obedecida, fazia, como fizera anteriormente na colônia, criar um fosso entre a apropriação privada e o reconhecimento público da propriedade fundiária. Principalmente porque limitava a área da propriedade*".

430 Segundo Lígia Osório Silva: "*Em conseqüência, portanto, da dinâmica provocada pela existência da lei, independentemente do fato de ela ser ou não universalmente aplicada, abandonou-se com o tempo, a questão do cultivo como critério de definição para terras devolutas*". (SILVA. *Terras devolutas*... p. 161).

as que não estavam aplicadas a algum uso público (nacional, estadual, municipal); e as que não estavam no domínio particular, em virtude de título legítimo, valendo o critério do cultivo apenas para as terras ocupadas antes do ano de 1850.

A explicação para o abandono do referido critério, na transição para o que Clavero tão expressivamente denomina "antropología dominical", encontra-se não só no texto legal e nas considerações sobre a conjuntura histórica, mas também na incorporação do ideário jurídico liberal oitocentista. O critério do cultivo como diferenciador entre a propriedade pública e a particular implica a atribuição de *conteúdo* à propriedade particular, e de diversas graduações no interior desta: a propriedade do sesmeiro que de fato cultiva, a do sesmeiro que não cultiva, a do possuidor não-sesmeiro que cultiva etc. Na formação de um modelo jurídico absoluto e pleno de propriedade, o afastamento do critério do cultivo apresenta-se como conseqüência lógica, em consonância com a importada doutrina européia e seu esforço máximo de abstração[431]. Alijado o cultivo das definições legais, aberto está o caminho para um conceito abstrato, unitário, do direito de propriedade.

O princípio do cultivo, ademais, pode ser relacionado com uma diferenciada interpretação historiográfica sobre a

431 A conformidade com as idéias dominantes do pensamento jurídico do séc. XIX é outro dos aspectos que devem ser levados em conta neste processo de ruptura; tema que será objeto do item 2, "a", *infra*. Sobre a abstração técnico-jurídica como forma de dissociar aparentemente a nova ordem jurídica das disputas de poder em jogo: "*Plus le nouveau juriste investit scientifiquement, plus la liaison réelle entre le champ scientifico-juridique et le pouvoir ou la structure dominante s'efface. Le juriste, sa pratique, se présente comme une institution neutre, parce que nécessaire. Son capital social augmente à mesure qu'il dissocie d'une manière camouflée, parce qu'abstraite, les nouvelles forces sociales de leur ordre juridique.*" (SCHOLZ, J. *Eléments*..., p.492).

Lei de Terras, que relativiza o seu vínculo para com os interesses da elite senhorial rural. Não pode a Lei de Terras ser mecanicamente associada aos interesses dos latifundiários, que, não constituindo um grupo homogêneo[432], muitas vezes repudiavam as imposições de demarcação e medição, ou desconheciam as vantagens da regularização fundiária, como assinala Márcia Motta:

"Os senhores e possuidores de terra — como mostrei páginas atrás — tendiam a desconsiderar qualquer política de regularização fundiária. O desejo de um título seguro significou a procura de uma alternativa face aos constantes conflitos de terra e ao questionamento, feito por terceiros, da extensão da área sob seu domínio. Eles tinham a expectativa de que algo podia ser feito para deter os invasores, mas não queriam ver limitada a extensão de suas terras, muito menos de seu poder. Os fazendeiros de café não podiam saber, ao certo,

432 Segundo Warren Dean, os fazendeiros ligados ao Partido Conservador posicionaram-se a favor da Lei, que contribuiria para limitar a expansão de outros latifundiários que concorreriam com eles na produção do café. Já os liberais foram contrários, pois a legislação limitaria as áreas apossadas nas províncias de Minas Gerais e São Paulo (Latifundia and Land Policy in Nineteenth Century Brazil. *The Hispanic American Historical Review*, 51 (4), november, 1971, p.606-625, *apud* MOTTA. *Nas fronteiras...* p.298). Para Márcia Motta, no entanto, a distinção apontada tem pouco sentido diante da realidade da apropriação territorial, onde "*a não delimitação territorial*" das terras "*foi prática recorrente e esteve relacionada à maneira pela qual os fazendeiros se consideravam senhores e possuidores*", independentemente de sua vinculação partidária. Segundo a autora, a prática quanto à definição dos limites persistiu após a promulgação da Lei: "*Tanto antes como depois da Lei de Terras, os limites territoriais continuaram a ser o que sempre haviam sido: definidos segundo os interesses do fazendeiro, nada tendo a ver com limites precisos e inquestionáveis*" (*Idem*. p.299-300).

quais seriam as vantagens e desvantagens da regularização fundiária proposta pela Lei de Terras".[433] (grifos do original)

Alguns historiadores chegam mesmo a associar a referida Lei antes à pressão externa inglesa do que aos interesses da classe senhorial, uma vez que esta "*não colocava com premência a questão da regularização da propriedade da terra enquanto o antigo sistema produtivo colonial baseado no trabalho escravo e na apropriação livre das terras pudesse se manter*".[434]

A mesma Márcia Motta, em seu já citado estudo sobre

433 MOTTA. *Nas fronteiras...* p.297.

434 SILVA. *Terras devolutas...*, p.117. Portugal aos poucos cedia à pressão inglesa quanto ao fim do tráfico negreiro, conforme revelam os tratados de 1810 e 1817. No Brasil, são indicativas desta realidade medidas como o decreto de março de 1831, que proibia o tráfico e declarava livres os negros introduzidos por essa via (vide mais dados em nota nº379 *supra*). Na interpretação de Lígia Osório Silva, tal medida governamental contrariou interesses da classe senhorial, inclusive cafeeira (*Idem*, p.121). Igualmente Smith identifica a lei de terras, enquanto conformadora da moderna propriedade fundiária, ao projeto estatal, vinculado aos interesses do capital mercantil: "*Os traços da moderna propriedade fundiária começam a ser gestados apenas a partir da segunda metade do séc. XIX, momento da legitimação pelo Estado da propriedade privada da terra. Não é, contudo, uma resultante de pressões e interesses dos 'agricultores'. Estes continuam ainda constituindo uma classe economicamente subordinada ao capital mercantil. Não importam ainda o seu projeto ao Estado*" (SMITH. *Propriedade...* p.351). A esta interpretação, bem como a outras que se fundam em entes abstratos como o "capital internacional", contrapõe Trazegnies que *não se trata de imposição forânea, mas de importação local*, em análise da modernização conservadora na sociedade peruana do séc.XIX. Tratar-se-ia, enfim, mais de opções políticas das elites locais do que da explicação simplista que insiste na superposição do fantasma do capital (TRAZEGNIES, F. *La idea...*, p.278).

os litígios possessórios ocorridos na região do Vale do Paraíba em meados do séc. XIX, menciona o princípio do cultivo como predominantemente invocado pelos pequenos possuidores e arrendatários, em oposição aos senhores de grandes extensões:

> "Não foi aleatório, por conseguinte, que os arrendatários e agregados sublevados procurassem garantir o seu direito à terra com base na lei, uma vez que ela implicava o reconhecimento de que as parcelas de terras, cujos atos possessórios haviam sido feitos em terrenos devolutos, podiam vir a ser regularizadas. Por conta disso, ela reafirmou como norma legal uma questão que estava presente nas Ordenações Filipinas, nos alvarás e decretos sobre sesmarias e que havia sido recolocada nos projetos de leis anteriores e nos próprios debates parlamentares: o reconhecimento do ato possessório, da regularidade do cultivo como forma legítima de assegurar a ocupação. Princípio que havia colocado sérios problemas para os sesmeiros. Princípio que colocaria sérios problemas para aqueles que viessem a se pautar apenas no documento (registros de terras ou escrituras de compra e venda, não importa) para provar a legitimidade de sua ocupação"[435].

A relativização aí discutida pretende conduzir ao pólo oposto, o de certa vertente da historiografia jurídica que associa, mecanicamente, a presença do princípio do cultivo na Lei com a reação dos latifundiários[436], ou como uma

435 MOTTA. *Nas fronteiras...* p.302.

436 Nesse sentido, equivocada, a nosso ver, é a afirmação de José Arthur Rios, que, além de contrapor a totalidade dos fazendeiros à lei de terras, traça uma linha de continuidade entre a classe senhorial

"vitória do humilde posseiro", como quer Messias Junqueira:

> "Pois a lei n.601 de 18 de setembro de 1850 foi a mais brilhante vitória que o humilde posseiro conquistou sobre o orgulhoso sesmeiro. Tivemos também uma plebe levando de vencida um patriciado.
> Teve a lei n.601 um pensamento constante, fixo, quase que uma obsessão: respeitar a todo custo a detenção daquele que, sem título dominial em ordem, estivesse em contato com o solo brasileiro, com ocupação expressada por dois requisitos absolutamente imprescindíveis: cultura efetiva e morada habitual. Se o ocupante com cultura e moradia, aí estivesse sem título algum: sua ocupação seria respeitada, sua posse seria legitimada. Fosse o ocupante, com cultura e moradia, um antigo sesmeiro ou concessionário, que não houvesse cumprido as condições sob as quais lhe havia sido concedida sua sesmaria ou concessão: sua ocupação seria respeita-

desde o séc. XVI aos dias atuais: "*Essas tentativas de submeter a distribuição da terra e sua propriedade à noção de bem comum chocavam-se naturalmente contra a resistência dos senhores da terra, garantidos por privilégios que remontavam, às vezes, ao primeiro século. São eles os antecessores dos fazendeiros do Império que combateram sistematicamente a lei de terras de 1850 e tentaram por todos os meios dificultar a imigração de colonos livres. São ainda eles os precursores dos reacionários de hoje que, na imprensa e no parlamento, bloqueiam as tentativas de dar ao país um sistema de terras capaz de criar no nosso campo uma estrutura democrática e produtiva*" (grifos nossos) (RIOS. *Origens...* p.159). O autor parte da premissa de que a mera previsão legal do dever de cultivo enseja a oposição da classe senhorial, a qual supostamente se opunha, em sua totalidade, à vinda de colonos livres. Tal interpretação, por demais homogênea e simplista, choca-se com os demais testemunhos expostos *supra*.

da e sua sesmaria ou concessão, revalidada".[437] (grifos do autor)

Esta interpretação não se sustenta, diante da conhecida propagação de posses de grandes extensões — ou seja, ao fato de que nem todo posseiro podia, à época, ser qualificado como *humilde*[438], e que poucos posseiros tenham legitimado suas ocupações[439]. Tampouco se sustentam, a

437 JUNQUEIRA. Terras devolutas. *Direito*, v. IX, p.164.

438 Assim Carlos Mignone: "*Não houve, assim, o 'triunfo do colono humilde, do rústico desamparado', pois a imensa maioria destes não legitimou suas ocupações; e suas benfeitorias serviram de degrau na subida para as contrafações de contratos, como se pode ver hoje ao se analisar as escrituras de ontem, como muito bem relatou Monteiro Lobato em sua conhecida obra*". (MIGNONE, Carlos. A prescrição aquisitiva antes da codificação e a reforma agrária. *Revista de Direito Agrário*, v. 5, nº5, 1977. p.11). De modo semelhante, destaca Trazegnies acerca da formação dos latifúndios na sociedade peruana: "...***no parece exacto que la encomienda colonial sea el origen de la hacienda o plantación del Siglo XIX, sino más bien la venta de las tierras públicas que se produce durante la época republicana*** (...)" (TRAZEGNIES, F. *La idea....*, p.49). Grifamos.

439 Tampouco se sustenta pelo seu pressuposto, que concebe o fundamento do cultivo como um princípio que se opõe, por natureza, à classe senhorial. A trajetória do referido princípio, que procuramos acompanhar desde os primórdios da legislação lusa, mostra-nos que a valorização jurídica do cultivo da terra não está necessariamente associada aos interesses das classes empobrecidas. Pelo contrário, na generalidade das relações jurídicas "*in re*", anteriores à absolutização do direito de propriedade, era o cultivo, a efetividade, o valor jurídico central. Perdurou, enquanto valor jurídico, tanto na hierarquia social do medievo português quanto na sociedade escravocrata e latifundista do Brasil colonial. A constatação de Junqueira adequa-se melhor à doutrina jurídica do séc. XX, em que as noções de função social e destinação econômica do bem contrapõem-se (ou, melhor; incorporam-se) ao poder da vontade do titular de um direito abstrato de propriedade, direito que independe do efetivo aproveitamento do bem.

nosso ver, interpretações que qualificam a Lei de Terras como "solução cabal" ao problema agrário brasileiro[440], partindo da equivocada premissa de que uma lei, por si só, seja capaz de alterar uma estrutura econômica e social. Também adjetivações como "humana", "liberal" e "uma das leis mais perfeitas que o Brasil tem tido" afiguram-se-nos insuficientes para a compreensão do complexo processo de transição por que passa o direito proprietário entre nós[441].

Nesta tensão entre mudança e permanência, fica o princípio do cultivo, todavia, ainda na legislação sobre terras devolutas que antecede a promulgação do Código Civil. *E. g.*, o Aviso Circular de 19 de julho de 1873, que declarou a deliberação do Governo de não vender terras senão às pessoas que as quisessem cultivar conforme as possibilidades de cada um[442]. O Aviso 550 de 20 de novembro de 1862, por sua vez, declarava que não se venderiam terras públicas senão às pessoas que por si ou por companhias ou empresas se achassem habilitadas para as cultivar[443], chegando Azevedo Marques a fazer menção a uma lei paulista

440 A expressão é de JUNQUEIRA. *Terras devolutas...* p.163.

441 *Idem*. p.163. Vide notas 418 e 427 *supra*. Em outro pólo da interpretação, insustentável, a nosso ver, a observação de Leandro Ribeiro da Silva: "*Assim, qualquer que tenha sido a sua intenção, a Lei de Terras foi muito mais uma lei de colonização do que uma lei agrária e os seus efeitos jurídicos foram extremamente maléficos para o país, uma vez que, ao serem transferidos os domínios aos particulares, jamais essas terras retornariam ao domínio público, salvo em caso de expropriação, mediante justo pagamento*". (SILVA. *Propriedade...* p.123). Parte o autor da premissa de que a dominialidade pública, realidade de mais de três séculos, seja solução para organização fundiária do país; e, ademais, de que uma lei por si só seja responsável por efeitos maléficos na estrutura social.

442 Citado por TEIXEIRA DE FREITAS JÚNIOR, op. cit., nota nº1 ao art. 1º, p.2.

443 TEIXEIRA DE FREITAS JÚNIOR, op. cit., nota nº29, p.28.

de 1927, que, mais de meio século após a Lei de Terras, ainda utiliza o cultivo como critério[444]. Infiltra-se o cultivo — elemento que provém de fundas raízes — nas legislações estaduais como fator de legitimação da situação jurídica dos possuidores e sesmeiros irregulares. Após a Constituição de 1891, quando da atribuição das terras devolutas aos Estados-membros, fenômeno comum foi este da prorrogação dos prazos originariamente instituídos para a legitimação das posses[445].

Não se trata, portanto, apenas de uma lei, mas sim de uma série reiterada de diplomas legais e soluções jurídicas que incansavelmente repetem, retomam os mesmos princípios — o que denota o caráter de *transição*, de passagem de um ordenamento jurídico-proprietário a outro. Com as diversas interpretações, mencionadas nas páginas precedentes (*e.g.*, trazidas por Motta, Junqueira, Smith, Osório Silva), pretende-se acentuar a complexidade desse processo de passagem, sua não-linearidade, a convivência de fórmulas antagônicas[446], a impossibilidade de explicá-lo por fórmulas ou associações simplistas com este ou aquele grupo social, com estes ou aqueles interesses[447].

Nesta transição para um direito de propriedade absoluto, viés jurídico de um amplo processo de transformação econômica e social, outro elemento importante reside na regulamentação das *hipotecas*, instrumento para dinamicidade do crédito, e dos *registros*, instrumento para a segurança e publicidade das relações jurídicas. O art.11 da Lei de 1850 externaliza tais aspectos:

> "Art.11. Os posseiros serão obrigados a tirar títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem aliena-los por qualquer modo.
> Estes títulos serão passados pelas Repartições Provinciaes que o Governo designar, pagando-se cinco mil réis de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de hum quadrado de quinhentas braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que demais contiver a posse; e alêm disso quatro mil réis de feitio, sem mais emolumentos ou sello".

444 "*Por consenso e costume geral eram occupadas essas terras pelos particulares, os quaes, pelo unico fato da occupação, tornavam-se donos. O direito costumeiro creou assim uma especie singular de usucapião immediato, decorrente da posse, qualquer que fosse a sua duração. Justificava-se isso pela conveniencia, que tinha o paiz nascente e despovoado, de favorecer e garantir o trabalho, a producção e o povoamento rapido. Bastava, pois, occupar terras publicas para, desde logo, adquirir-lhes gratuitamente o dominio. E assim se formou o Estado de S. Paulo, a sua enorme riqueza e fecunda agricultura. Até 1850 foi essa a realidade de facto e de direito. E não admira que assim fosse porque hoje, um seculo depois, ainda se admitte semelhante critério no Estado de S. Paulo, cuja recente Lei nº1844, de 27 de dezembro de 1927, Art.4, dispõe: Fica o Governo autorizado a conceder titulo de dominio: b) a todo o possuidor de terras devolutas que as tiver obtido por titulo NÃO LEGITIMO anterior a esta lei.*" [grifos do original] (AZEVEDO MARQUES. *Terras devolutas e terrenos urbanos*... p.181).

445 Exemplo disso é o do Estado de Santa Catarina, que prorrogou o referido termo até 1926 (SILVA. *Terras devolutas*... p.255).

446 Referimo-nos, por certo, à convivência entre o fundamento do cultivo nas legislações estaduais e a elaboração da técnica jurídica da propriedade abstrata, de sujeito único.

447 Embora a criação jurídica autônoma possibilite a existência de um campo de produção especializado e consagre o esforço de grupos dominantes para impor sua "representação oficial" do mundo social, sua condição técnica permite que adquira autonomia em relação aos conflitos e interesses que originariamente disciplina, e que venha a servir ou mesmo contrapor-se a tais interesses originários (BOURDIEU, *The Force of Law*...). Não é suficiente e resulta mesmo simplificador, no caso concreto ora analisado, a associação a tais ou quais interesses de um grupo dominante.

Laura Beck Varela - Das Sesmarias à Propriedade Moderna. Um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar 2005

A hipoteca — instrumento fundamental no processo de mercantilização do patrimônio fundiário, como já mencionamos na parte inicial deste capítulo — não poderia ser efetuada sem o *título* de domínio, expedido pelo poder público. Aqui encontramos outros elementos em plena *transição*: este o objeto do item que segue.

b) Hipoteca, registros e transcrição na legislação do séc.XIX: etapas no processo de mercantilização da terra

> "Quem alguma vez reflectio sobre o estado lastimavel de nossa agricultura, quase que embrionaria, e tão sobrecarregada de pesada divida, deve ter atinado com a razão e fim da lei que ora nos ocupa.
> A falta de garantia de reembolso dos capitaes emprestados, a morosidade das formulas do processo quando deprecada a intervenção dos Tribunaes do paiz, o azo e accesso á interminaveis chicanas; por outro lado a natureza da lavoura, que, ao contrario das demais industrias, não póde com a mesma pontualidade reproduzir os capitaes empregados, principalmente quando se destinão a reconstrucções de edificios; tudo isso parece ter conspirado contra a primeira de todas as industrias, fazendo que os capitalistas recuem amedrontados diante dos embaraços e difficuldades que encontrarão e da falta de sufficiente garantia."(...)
> "O legislador de 1864 parece ter tido em vista ir de encontro a todos estes inconvenientes, cujo principal resultado é a falta de crédito.(...) Até agora podiamos dizer do Brazil o que Dupin dizia da França: quem compra não tem certeza si é proprietario, quem empresta sobre hypotheca não sabe se haverá o reembolso de seu capital. Com effeito, a clandestinidade das hypothecas, sua generalidade tornavão de tal arte mysteriosa a posição do mutuario que difficil, senão impossivel, se tornava o poder alguem emprestar com verdadeira confiança de rehaver seus capitaes".
> Bacharel Francisco de Paula Fernandes Rabello[448]

À semelhança de outros excertos dantes transcritos, novamente o discurso de um letrado do séc. XIX articula a caótica organização fundiária do país, com o atraso na agricultura e na economia em geral, dando ênfase à necessidade de proteção ao crédito. "*Quem compra não tem certeza si é proprietario, quem empresta sobre hypotheca não sabe se haverá o reembolso de seu capital*": a insegurança do crédito, suas precárias condições de circulação são o problema central para o legislador de 1864.

Trata-se de outra face do processo de mercantilização da terra e de absolutização da propriedade fundiária, cuja veste jurídica, ao lado da Lei de 1850, corresponde à disciplina da hipoteca e do registro. Porque "*interessa à fortuna mobiliária e imobiliária de todos os cidadãos*", nas palavras de Troplong[449], seu papel na regulamentação jurídica da

448 RABELLO, Francisco de Paula Fernandes. *Estudos hypothecarios seguidos de todos os julgados relativos á materia pelos nossos tribunaes dos actos do poder legislativo e executivo e das respectivas instrucções da directoria geral do contencioso*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1879. Introdução. p. 7-8.

449 "*La matière des hypothèques, disait M. Réal, est sans contredit la plus importante de toutes celles qui doivent entrer dans la composition d'un Code Civil. Elle interèsse la fortune mobilière et immobilière de tous les citoyens. Elle est celle à laquelle toutes les transactions sociales se rattachent. Suivant la manière dont elle sera traitée, elle donera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau*". Prossegue Troplong: "*On ne trouvera rien d'exagéré dans ces paroles, si l'on considère que c'est l'hypothèque qui conserve aux familles le précieux patrimoine des épouses, qui protège la fortune de ceux à qui leur age ou leur capacite morale ne permet pas de surveiller leurs*

propriedade é de especial relevância. É a hipoteca um dos principais institutos jurídicos em prol da circulação da riqueza, na medida em que possibilita constituir a propriedade imobiliária garantia de crédito nas transações[450]. O registro, por sua vez, confere segurança a tais transações.

A Lei nº1237 de 24 de setembro de 1864, e seu Regulamento, o Decreto nº3453, de 26 de abril de 1865, correspondendo a tais anseios, procuram romper com o regime das hipotecas ocultas, que dificultava a mercantilização da propriedade imóvel[451]. Vetou, destarte, a hipoteca sobre bens móveis[452], instituiu o registro para a transcrição dos títulos de transmissão de imóveis *inter vivos* e de constituição de ônus reais (requisito para sua oponibilidade em relação a terceiros), previu a criação do Banco Rural e Hipotecário e das sociedades de crédito real, responsáveis pela emissão de letras hipotecárias.[453] A respeito destes títulos, comenta Rabello:

> "A emissão de semelhantes titulos sufficientemente garantidos pelo modo porque se determina no cit. Dec. 3.471, traz a mobilisação da propriedade immovel; e portanto o poder de levantar a lavoura do seu estado actual. Pelo menos, tentativas iguaes têm dado louva-

intérêts, qui soutient ou relève le crédit du particulier, qui favorise le placement des capitaux étrangers au commerce, qui porte le numéraire au secours de l'agriculture et des spéculations civiles, et qui enfin, comme un puissant levier, donne le mouvement aux plus importantes transactions, par cela même qu'elle les environne des plus solides garanties" (TROPLONG, M. *Droit civil expliqué des privilèges et hypothèques ou Commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon*. 5ª.ed. Paris: Charle Hingray, 1854. v.1, Préface.).

450 O *crédito* é necessário para produzir-se um nivelamento da taxa de lucro ou a tendência a esse nivelamento, sobre o qual repousa toda a produção capitalista. E, fundamentalmente, é necessário para o decréscimo dos custos de circulação. Um dos principais custos da circulação é o próprio dinheiro — daí a importância do crédito, que poupa o dinheiro, suprimindo-o em grande parte das transações; acelerando o movimento dos meios de circulação e substituindo o dinheiro-ouro por papel (MARX, Karl. O *Capital:* crítica da economia política. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974. v.5, t.3 cap.XXVII, p.503-504).

451 O art. 1° da citada Lei declara a ruptura para com as hipotecas criadas pelo Alvará de 20 de junho de 1774: "*Não ha outras hypothecas senão as que esta lei estabelece*". O projeto de Código Comercial, em 1834, procurara, segundo Teixeira de Freitas, atenuar os males das hipotecas ocultas, mandando lançar ao registro público do comércio as escrituras de hipoteca. A Lei do Orçamento de 21 de outubro de 1843 criou, em seu art.35, um registro geral de hipotecas, regulamentado pelo Decreto de 14 de novembro de 1846. O Projeto de Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, apresentado à Câmara dos Deputados em 1854, previa a publicidade das hipotecas e de todas as transmissões de imóveis e constituições de direitos reais. Nas discussões na Câmara, chegou-se a pensar na transcrição como prova do domínio, e não como mera presunção (*Introdução* à *Consolidação*, 2ª.ed., p.CLXIII-CLXIV).

452 "O *direito portuguez, aceito em 1823, como regulador das nossas relações civis, eivado de romanismo, admittia a hypotheca dos moveis: taes eram todas as hypothecas geraes consagradas nas leis de 12 de Maio de 1768 e de 20 de Junho de 1774 e no Alvará de 24 de Julho de 1793*".(...) "*A Lei de 24 de Setembro de 1864 inaugurou regimen novo baseado exclusivamente sobre a propriedade immovel. Os moveis deixaram de ser objecto de hypotheca. Nos casos em que a lei antiga firmava esse direito real sobre taes bens ficou elle subsistindo como privilegios e onus reaes em os quaes a legislação de 1864 converteu as hypothecas primitivas; no que foi imitada pelos dous Decretos de 19 de Janeiro e 2 de Maio de 1890*" (VEIGA, Dídimo. *Direito hypothecário:* commentario ao Decreto n° 169ª de 19 de janeiro de 1890. Rio de Janeiro: Laemmert, 1899. v.8. §§16 e 18, p.12-13).

453 Conforme o art.1° do Regulamento. Clóvis Bevilacqua, em seu *Direito das Coisas*, identifica como méritos da Lei de 1864 a criação do registro geral das hipotecas e a consagração dos princípios da especialização e da prioridade das hipotecas (BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. v.2 p.134).

veis resultados na Europa; entre nós porém, attenta a legislação que regula a nossa propriedade, a depreciação d'esta que se continúa a attribuir á suppressão do braço escravo, o indifferentismo e descuido com que se tem olhado para a questão da colonisação, a extensão do nosso territorio pela maxima parte sem vias de facil communicação e transportes para os productos; tudo isso emfim faz receiar que tão cedo vejamos as nossas tentativas sobre estabelecimentos de credito coroados de feliz sucesso"[454].

A reforma da legislação hipotecária brasileira não é, por certo, esforço isolado: observa-se, ao longo do séc.XIX, um movimento geral de organização dos sistemas hipotecários levado a cabo por diversos países, europeus e latino-americanos; *e. g.*, as reformas nas legislações francesa[455], alemã[456], espanhola[457] e portuguesa[458] — todas elas refletindo

454 RABELLO. *Estudos*...Introdução. p.162. "(...) O *legislador de 1864 parece ter tido em vista ir de encontro a todos estes incovenientes, cujo principal resultado é a falta de credito. Para isto tinha de lançar as bases essenciaes para o estabelecimento e incremento do credito real*" (*Idem*. p.8). No mesmo sentido, Perdigao Malheiros acentua a necessidade de fomentar o desenvolvimento do credito real: "Esta reforma tem um fim todo especial, o desenvolvimento do credito predial ou real; para chegar ao qual era indispensavel derogar a legislaçao hypothecaria existente, e tomar outras providencias co-relativas. Mobilisar a propriedade immovel, tornal-a um capital productivo e nao amortizado como se acha, crear assim novas forças e elementos de riqueza publica e privada, tal e o grandioso pensamento e fim da Lei; auxiliando dest'arte poderosamente a lavoura, nossa principal fonte de producçao, que geme debaixo do peso, em geral, de dividas usurarias e esmagadoras" (MALHEIROS, Perdigão. *Repertorio ou indice alphabetico da reforma hypothecaria e sobre sociedades de credito real*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865. Prefácio, p. IV).

455 No sistema originariamente consagrado no *Code*, a transferência da propriedade realiza-se por força do contrato de alienação, independentemente da publicidade registral (arts.711 e 712). A transcrição tem mero papel secundário, exceto nos casos de doação e substituição, quando era exigida. A Lei de 23 de março de 1855 reproduziu a lei de 11 brumário do ano VII, determinando a transcrição para os atos translativos de direitos suscetíveis à hipoteca, como a propriedade, usufruto, enfiteuse. Uma Comissão organizada em 1895, presidida por Massigli, procurou estabelecer as bases para uma reforma, que admitira a força probante e a dilatação do âmbito do registro a todos os atos relativos à modificação do direito de propriedade imobiliária. Somente em 1935 um Decreto-lei viria alterar novamente o sistema registral: estendeu o registro imobiliário aos atos *causa mortis*, porém não sendo a transcrição ato constitutivo entre as partes, sendo oponível a terceiros (a transcrição não purga o domínio, contudo, pois o adquirente fica sujeito aos defeitos do título). (Sobre o tema, vide o citado TROPLONG. *Droit civil*. Préface; SERPA LOPES. *Tratado dos registros públicos*. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v.1. p.55; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2ª.ed. São Paulo: ed. RT, 1983. v.20).

456 Sobre o sistema hipotecário germânico: BEVILACQUA. *Direito das coisas*. v.2. p.141-146; e BUCHHOLZ, Stephan. *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht: zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*. (*Ius Commune*, Sonderhefte: Texte und Monographien, 8). Frankfurt am Main: Klostermann, 1978.

457 Assim a Exposição de motivos da lei hipotecária espanhola de 1861: "... *la condicion más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descanse, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad; si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes immuebles no se transcriben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio, no seria subsistente, porque caeria abrumada con el peso de su descrédito*" (EXPOSICIÓN de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria In: PANTOJA, José, CLORET, Antonio. *Ley hipotecaria comentada y explicada concordada con las leyes y códigos extranjeros comparada con las disposiciones de la legislación española que han servido de precedente para redactarla, precedida de una introducción histórica y de la exposicion de sus motivos y fundamentos*. Madri: Librería Leocadio Lopez, 1861. v.1. p. 63).

as novas exigências econômicas no tocante à mobilização da propriedade.

No direito brasileiro, interessa-nos aqui ressaltar, dentre tantas inovações trazidas pela legislação hipotecária, os aspectos da *transcrição* e do *registro* — alicerces, *pedras* fundamentais para a constituição da nova ordem proprietária.

No tocante ao *registro de imóveis*, pode-se afirmar que a Lei nº1237 o criou[459], na medida em que seu art. 7º abrangia não só o registro das hipotecas, *"de importancia incontestavel, quer em relação ao credito, quer em relação a moral"*[460], mas também a transcrição dos títulos de transmissão de quaisquer imóveis suscetíveis de hipoteca e de criação de ônus reais:

> "Art. 7° O registro geral comprehende:
> 1° A transcripção dos títulos da transmissão dos immoveis susceptíveis de hypotheca e a instituição de onus reaes.
> 2° A inscripção das hypothecas.
> § 1° A transcripção e a inscripção devem ser feitas na comarca ou comarcas onde forem os bens situados.
> § 2° As despezas da inscrição competem ao devedor.
> § 3° Este registro fica encarregado aos Tabelliães creados ou designados pelo Decreto nº482 de 14 de novembro de 1846".[461]

Instituiu, assim, a lei, verdadeiro sistema de *publicidade*, condição essencial à natureza *erga omnes* dos direitos reais. Isto porque a *"publicidade das hypothecas é inseparável da publicidade do direito de propriedade"*, nas palavras de Martou[462].

A publicidade da Lei de 1864, todavia, tem ainda o sentido de garantir a oponibilidade em relação a terceiros, a critério das partes, não tendo ainda o caráter da obrigatoriedade que caracteriza o registro de imóveis contemporâneo. Trata-se de embrião do atual sistema, que consagraria a relativa separação de planos entre o direito real e o direito obrigacional[463]. Ainda embrionário, não abrangia o registro

458 No direito português, o Decreto de 26 de outubro de 1836 instituiu a formalidade do registo na legislação hipotecária, e a Lei de 1° de julho de 1863 admitiu os princípios da publicidade, especialidade, prioridade e legalidade (SERPA LOPES. *Tratado*... p.39).

459 Este o comentário de Pontes de Miranda: *"A Lei nº1237 de 24 de setembro de 1864, criou o registo geral de imóveis, que o Decreto nº3453, de 26 de abril de 1865, regulamentou. Antes só se cogitara do registo de hipotecas"* (PONTES DE MIRANDA. *Tratado*... v.11. §1212, p.203).

460 Estas as palavras do Bacharel Rabello, aduzindo que *"...esta verdade levanta-se no espírito de quem contempla o estado da sociedade em cujo seio domina o regimem das hypothecas ocultas, e os resultados que d'ahi resultão. É uma verdade tão evidente que dispensa maiores reflexões."* (RABELLO. *Estudos*...Introdução. p.88).

461 Operacionalizava-se a partir de ofícios públicos que deveriam guardar os livros necessários ao registro dos atos hipotecários.

462 Neste sentido, Teixeira de Freitas cita Martou (*Privil. e Hypoth.*, nº9): *"A primeira condição de um bom regimen hypothecario é ser ligado á um modo regular de transmissão da propriedade immovel. A propriedade é a base da hypotheca. Se ella não existe, a hypotheca aniquila-se. Se é duvidosa, a hypotheca vacilla. Se não se póde verificar facilmente, a hypotheca será aceita com desconfiança"* (TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação*... p.CLIX).

463 No sistema alemão da absoluta separação entre os planos do direito real e do direito obrigacional, exige-se a realização de três atos jurídicos — e três declarações de vontade — para transmitir um bem (p. ex., o contrato de compra e venda, no plano obrigacional, o acordo de transmissão da propriedade do bem vendido e o acordo de transmissão sobre o preço, ambos atos de direito das coisas). Diferentemente, no direito brasileiro bastará uma declaração de vontade: a vontade de adimplir

de atos judiciais, tampouco servia à publicidade de atos de transmissão *causa mortis*, que só seriam incluídos com o advento do Código de 1916.[464]

O artigo 8° explicita tais peculiaridades:

"Art.8° A transcripção intervivos por título oneroso ou gratuito dos bens susceptiveis de hypothecas (art. 2°§ 1°) assim como a instituição de onus reaes (art 6°) não operão seus effeitos á respeito de terceiros, senão pela transcripção, e desde a data d'ella.
(...)

estende-se ao acordo de transmissão, em relação ao qual é considerada co-declarada. Entretanto, no caso de negócios jurídicos dispositivos como a hipoteca, direito real de garantia, exige-se a declaração de vontade específica para a constituição do gravame. A transcrição é ato de direito público, não integrado pela vontade dos particulares (vide, a respeito, a síntese de COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p.57-69. Exposição e críticas ao sistema alemão: vide LARENZ, Larenz. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Brinz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v.2. Também Freitas tece críticas ao sistema alemão (TEIXEIRA DE FREITAS. *Introdução*.p. CLXVI-CLXXV). No sistema da Lei de 1864, o ato da transcrição ainda dependia da vontade das partes, as quais poderiam optar por uma maior segurança nas transações e garantir a eficácia perante terceiros, transcrevendo ou não o título correspondente ao negócio dispositivo no respectivo registro. Atualmente, a transcrição é *modus adquirendi*, condição para a efetiva transmissão do direito de propriedade, como veremos mais adiante.

464 Segundo Clóvis Bevilacqua, a inclusão dos atos de transmissão *causa mortis*, feita pelo art.532 (transcrição de sentenças em ações divisórias e em ações de inventários e partilhas que adjudicarem bens de raiz), completa o sistema da publicidade registral até então instituído (*Codigo civil commentado...*, v. III, 1917, p.62-63), à semelhança do art.4075, 2° do *Esboço* de Teixeira de Freitas. Sobre a necessidade de incluí-los no sistema registral: LACERDA DE ALMEIDA. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908. §28, p.186-188.

§4° A transcripção não induz a prova do dominio, que fica a salvo á quem fôr."

O dispositivo do §4 ° revela o caráter de transição da Lei, num contexto de incipiente organização, em termos jurídicos, da propriedade fundiária no país. É o que expressa, mais uma vez, o Bacharel Rabello, defendendo a prudência da Lei:

"Emquanto, porém, se conservar o *statu quo* é plenamente justificavel a disposição do § 4° art. 8° da presente lei emquanto nega á transcripção o poder de consolidar de uma maneira inabalavel o dominio do objecto transcripto nas mãos do adquirente... O legislador julgou não dever romper de uma vez com o passado, attentas as circumstancias peculiares do paiz"[465].
(...)
"Tendo a nossa propriedade por titulo, em sua maior parte, uma posse mais ou menos longa, perdendo-se na noite dos tempos, e portanto incapaz de excluir qualquer pretenção estranha, e visto que não podia o legislador hypothecario dar á transcripção o poder e virtude de firmar e consolidar o dominio do objecto transcripto na pessoa do adquirente... portanto bem fez o legislador em deixar livre á parte interessada o poder disputar, apezar da transcripção, a propriedade do objecto transcripto; e nem se diga que a transcripção não traz vantagem, desde que ella leva á luz da publicidade o estado actual da propriedade, evitando d'est'arte o mais possivel a fraude e estellionato"[466].

465 RABELLO. *Estudos...* p. 10.
466 RABELLO, *idem*, p.98.

Inegável a vantagem da transcrição, no pensamento da época. Rompe-se, desta forma, com o sistema das Ordenações, fulcrado sobre a mera tradição: "... *e tanto que o comprador fôr entregue da cousa comprada, e pagar o preço ao vendedor, ou offerecer, logo he feito della senhor...*" (Livro IV, Tít. V, §1º)[467]. A praxe, porém, ainda ofereceria resistências à organização dos registros e às vantagens da transcrição, mormente em relação à venda de terras[468].

467 *Codigo Philipino*, cit., p.783.

468 Assim relata Cirne Lima: "*Até a Reforma Hipotecária de 1864, admitia-se que a hipoteca convencional, a venda de terras, — numa palavra, a constituição de direitos reais, pudesse operar-se por termo lavrado nas repartições públicas, quer dizer, em forma administrativa. Depois da Lei Hipotecária, nota-se o repúdio da velha prática, na Secção de Fazenda do Conselho de Estado, acerca da hipoteca convencional. Daí, as três famosas ordens de Itaborahy, determinando que as vendas de terras se fizessem por escritura pública, abolida a praxe, então qualificada de viciosa, de efetua-las mediante termo nas Tesourarias de Fazenda.* [refere-se o autor aos três avisos, de nº515, de 25 de novembro; nº534, de 5 de dezembro; e nº562 de 30 de dezembro, todos do ano de 1868, afirmando que não tinham valor jurídico os termos de transmissão de terras devolutas lavrados em repartições públicas]. *Não duraram, porém, os efeitos dessas ordens. A praxe voltou aos antigos moldes. Lavravam-se os termos nas Tesourarias de Fazenda, passavam os Presidentes de Províncias os títulos de concessão. Sob a recalcitrância irresistível da praxe, entretanto, uma nova concepção se insinua. Alguns tribunais reputam as vendas de terras matéria administrativa por natureza; declaram-se incompetentes para conhecer de litígios a respeito, pôsto que nenhuma desclassificação existe, deslocando-as da esfera do Poder Administrativo*" (CIRNE LIMA. *Pequena...* p.84). Assinala Lígia Osório Silva que: "*...a prática continuou a ser passarem-se os termos de venda e concessão de terras nas repartições públicas, sem a transcrição pública dos títulos. Essa praxe continuou por entenderem alguns que o Estado, não sendo um proprietário de terras comum, não estava obrigado a seguir as normas do direito civil que regulavam a compra e venda entre particulares*". Os aludidos avisos do

Assim é que, sobre as bases da Lei de 1864, a *transcrição* passaria, de mera publicidade, formalidade complementar ao regime hipotecário, a *modus adquirendi* da propriedade imóvel. Esta é a construção doutrinária de Teixeira de Freitas e, posteriormente, de Lafayette Rodrigues Pereira.

Teixeira de Freitas argumenta pela importância da publicidade, como decorrência da distinção entre direitos reais e pessoais, dicotomia de base, eixo fundamental da sua construção sistemática:

> "Pela natureza das cousas, por uma simples operação logica, por um sentimento espontaneo de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas á que se liga a prosperidade geral, como se queira dizer, decide-se de prompto que o direito real deve-se manifestar por outros caracteres, por outros signaes, que não sejão os do direito pessoal; e que esses signaes devem ser tão visíveis, tão publicos, quanto fôr possível. Não se concebe que a sociedade esteja obrigada á respeitar um direito que ella não tem conhecido".[469]
>
> "....a tradição, como signal indicador da translação do dominio quanto aos imóveis, ou meio de publicidade, longe está de ser expediente satisfactorio".[470]

E, criticando o modelo da transmissão *solo consensu*, diria:

> "Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exterior da transferencia do dominio, o segun-

Visconde não foram, porém, revogados, e a discussão prossegue na República (SILVA. *Terras devolutas*... p.152).

469 TEIXEIRA DE FREITAS. *Introdução*. p.CXLVI, CXLVII.

470 TEIXEIRA DE FREITAS. *Introdução*... p.CXLIX.

do comprador póde em boa fé transmittir tambem a cousa, que assim irá successivamente passando á outros. Ahi teremos um conflicto de direitos, ahi temos uma collisão, onde apparece de um lado o interesse de um só, e do outro lado o interesse de muitos. Deve-se ser indifferente á constante incerteza do direito de propriedade, ao abalo de todas as relações civis? Se este mal não póde ser no todo desviado, não convirá evita-lo o mais que fôr possível?"[471].

Se assim é, não poderiam deixar de criticar o sistema hipotecário do Código Civil Francês que, confundindo os direitos pessoais com os direitos reais, produzira uma "anomalia", e uma *"providencia inutil"* qual seja, a de *"manifestar ao publico o direito real da hypotheca, quando o primeiro direito real, fonte de todos os outros, não tinha a mesma publicidade"*. A publicidade do direito de propriedade — direito absoluto em sua essência[472] — é pressuposto para um sólido sistema hipotecário. Sob tal premissa, sintetiza as vantagens da transcrição:

"O systema da transcripção como acto concomitante das convenções, para operar a transmissão dos immoveis, e attribuir direitos reais, se não purifica a propriedade, pelo menos a expõe á luz da publicidade no estado em que se acha, preenche completamente o fim da tradição, separa os direitos reaes dos pessoaes, e impede os estellionatos, isto é, as fraudes das alienações e hypothecas duplicadas, da alienação do que já está hypothecado, da hypotheca do que já está alienado, e da alienação e hypotheca de immoveis como livres, quando elles já estão onerados de direitos reaes; além de outros enganos no mesmo sentido".[473]

Na nota ao art.534, afirma:

"Estamos hoje quanto á transmissão de immoveis por acto entre vivos no caso desses paizes onde o registro dos titulos translativos da propriedade immovel é a sua *tradição legal*".[474]

Transcrição como *tradição legal* dos imóveis. Isso significa que a transcrição é, apesar de não obrigatória, elemento indispensável para que os títulos translativos do domínio tenham efeito perante terceiros. É o que está consagrado no *Esboço*, arts. 3735, 3809, 4075, 4078[475].

Posteriormente o Conselheiro Lafayette acatará e desenvolverá tais idéias, em seu clássico *Direito das Cousas*, contribuindo para que ganhem o *status* de doutrina dominante, verdadeira *communis opinio* no direito brasileiro.[476]

471 TEIXEIRA DE FREITAS, *idem*, p. CLVII

472 TEIXEIRA DE FREITAS, *idem*, p.CLXII.

473 TEIXEIRA DE FREITAS, *idem*, p. CLXXVI.

474 TEIXEIRA DE FREITAS, *idem*, p. 281.

475 *"Art.4.075. Adquire-se o domínio perfeito de coisas imóveis (arts. 395 a 405): I° Pela transcrição no Registro Conservatório dos respectivos instrumentos públicos, quando transmitido por atos entre vivos (art. 3.735), ou cedido o direito de reivindicar (art.3.868)(...)".*

476 *"Algumas legislações, por timidez em romper com velhas usanças, não a consagrão como modo absoluto de transmissão do dominio de immoveis, mas requerem-n'a tão somente para a validade dos effeitos da acquisição em relação a terceiros. Mas como quer que seja: ou requisito imprescindivel para a transferencia do dominio de immoveis, ou uma formalidade para que os effeitos da acquisiçao possão ser validamente opposto á terceiros, a transcripção em todo o caso imprime ao acto a desejada publicidade, e constitue para o adquirente uma fonte segura de esclarecimentos sobre pontos que muito lhe importa averiguar..."* (PEREIRA. *Direito das Cousas*. v.I §43, p.121).

"A transcripção, como se deprehende de seus intuitos, não é só um principio de segurança para o adquirente, é ainda o fundamento cardeal do regimen hypothecario.
Aquelle que quer emprestar sob a garantia da hypotheca tem tanta necessidade, quanta o adquirente, de conhecer a situação juridica da propriedade territorial.
Entre nós a transcripção é hoje o modo legal de transferencia de dominio sobre os immoveis"[477].

Lafayette, portanto, dá um passo além, na medida em que atribui à Lei de 1864 a obrigatoriedade da transcrição. Assim prossegue a argumentação a respeito do art. 8º da Lei e do art.67 do Decreto:

"Antes pois de preenchida a formalidade da transcripção do titulo de transmissão, o dominio sobre immoveis não passa do alienante para o adquirente.
O principio firmado se acha consagrado naquelles artigos de uma maneira que exclue toda duvida. A lei se exprime assim: 'A transmissão... não opéra seus effeitos a respeito de terceiro, senão pela transcripção e desde a data della'.
A lei diz, á respeito de terceiro, em sentido absoluto, sem restricção ou condição, — quem quer que seja o terceiro. Assim, antes da transcripção, o adquirente não póde reivindicar o immovel de terceiro, ou esse terceiro possua por justo titulo, ou seja um mero usurpador".[478]

A transcrição é, para o autor, a "tradição solene" do imóvel. Sendo o domínio um direito absoluto, *erga omnes*;

477 PEREIRA, *idem*, §43, p.122.
478 PEREIRA, *idem*. §48, p.131-132.

não existindo a transcrição, não há eficácia em relação a terceiros, e tampouco poderá haver entre as próprias partes contratantes.[479] Por isto, Lafayette critica o sistema francês, opondo-o ao que entende ser o sistema legal brasileiro:

"... a doutrina da nossa lei conserva a noção scientifica e legal do dominio, satisfaz a necessidade de sujeitar a transmissão de dominio a uma fórma publica e solemne e evita as difficuldades da lei franceza, estabelecendo um principio simples e claro — que antes da transcripção não ha dominio, — principio diante do qual se esvaem as questões entre adquirentes e terceiros, que tanto que fazer dão aos escriptores francezes."[480]

A doutrina não é porém unânime na construção do que virá a ser o nosso modelo de transmissão de domínio. Lacerda de Almeida, embora concorde com a opinião de Lafayette, ressalva não ser este o sistema consagrado pela Lei de 1864, nem pela de 1890.[481] A doutrina de Freitas e

479 *Ibidem*, p.132.
480 PEREIRA, *idem*, p.133. Esposa Lafayette, entretanto, o entendimento dominante ao proferir o Parecer nº 280, que conflitua com a doutrina do *Direito das Cousas* — parecer dado a uma parte litigante, a quem importava conhecer a opinião do foro, segundo a nota de Lafayette Filho (PEREIRA, Laffayete Rodrigues. Parecer n °280, de 30 de novembro de 1896. In: PEREIRA FILHO, Laffayete Rodrigues. PARECERES. Rio de Janeiro: Livraria Conselheiro Cândido Oliveira, 1921. v.1 Direito civil. p.484-486).
481 LACERDA DE ALMEIDA. *Direito*... §27, p.178-179. Afirma que: "... *a nossa devia ser o que o Snr. Cons.º quer que ella seja, a tradição solemne do immovel; mas não é, porque não passa de transcripção, traslado, copia, averbação ou o que queiram que seja, do contracto de alienação, insufficiente por nosso Direito para a transferencia do dominio, nunca do acto unico translaticio do dominio, a tradição, que*

Lafayette recebe críticas de Dídimo da Veiga, na *Introdução* ao seu *Direito Hypothecario*:

> "Quando, cedendo ao modo de ver de Teixeira de Freitas, o legislador de 1864 deixou de acceitar o parecer da commissão da câmara dos deputados, que opinava pela consagração do mecanismo da transcripção ou registro da translação da propriedade immobiliaria adoptada no regimen germanico, que a lei franceza de 11 brummario do anno 7º já havia adoptado, e que Troplong, o inspirador de quasi todas as nossas leis innovadoras do direito civil, recommendava, como o assento de um bom systema hypothecario (Intr. aos Privilegios e Hypothecas, pag. XXVII), imprimio a primeira eiva de vicio substancial no apparelho hypothecario que tratava de modelar.
> Nem sequer a razão fundamental de tal alvitre, o dominio simplesmente presumptivo que se podia apoiar na incerteza dos limites da propriedade agricola, assente em posses e descripções quasi sempre controversas, impedio que os estabelecimentos de credito real, melhor avisados do que o illustre jurisconsulto e o poder legislativo na apuração do fundamento da valorisação da propriedade immobiliaria, exigissem a demarcação desta, a descriminada fixação de sua area e a prova do direito dominical do proprietário para sobre ella assentar qualquer empréstimo hypothecario"[482].

---

a transcripção não póde supprir, porque lhe é inteiramente estranha" (grifos do autor) (LACERDA DE ALMEIDA. *Direito...* p. 180).

482 VEIGA. *Direito...* p.VIII; também nas p.301-304. No §220, complementa: "*Não offerecer aos prestadores de capitaes, immoveis cuja propriedade não se dá como definitivamente encabeçada naquelle que figura no registro immobiliario na qualidade de sujeito do dominio, é*

Não foi este, porém, o entendimento que acabou por predominar. Mantendo o polêmico aspecto relativo à transcrição, o Decreto nº169-A de 1890 veio aperfeiçoar o sistema vigente, sanando falhas quanto à *publicidade*[483] e proclamando o princípio da *especialidade* para todas as hipotecas, sem exceção[484].

---

tornar de todo o ponto inutil a preconisada publicidade, que não orientando o capitalista sobre a situação definitiva e certa do dominio dos immoveis nos quaes podem ter assento hypothecas, não offerece criterio que o habilite a julgar da segurança com que poderá fazer o empréstimo, sob garantia hypothecaria, desde que não lhe proporciona outros meios de fugir á eventualidade de ter anullada a hypotheca no caso de reivindicação do immovel transferido ao devedor a non domino, senão as pesquizas laboriosissimas para a apuração do verdadeiro dominio dos immoveis. Fôra isto demolir pelos fundamentos o edificio hypothecario que se pretendeu levantar com amparo ao credito territorial. Apezar de preconisado por Teixeira de Freitas, o mecanismo da legislação de 1864, apenas offerece aos terceiros uma indicação illusoria..." (*Idem*, p.292-293).

483 Lacerda de Almeida aponta o principal defeito da Lei de 1864: "*Dando toda publicidade ás hypothecas convencionaes, abolindo as hypothecas geraes sobre bens presentes e futuros, julgou dever abrir uma excepção em favor de certos creditos, e admittindo as hypothecas geraes das mulheres casadas, dos menores e dos interdictos, ordenou fossem levadas a registro, mas tornou vão o preceito, uma vez que podiam valer contra terceiros mesmo sem inscripção*"(...) "*Mas não conseguira o regimen de 1864 extirpar completamente as hypothecas occultas, comquanto houvesse abolido as convencionaes sobre bens presentes e futuros, pois admittia com este caracter as hypothecas legaes, e algumas dellas sem inscripção*" (LACERDA DE ALMEIDA. *Direito...* v. 2, p.158 e 161).

484 Assim VEIGA. *Direito...* p.1-2; e Lacerda de Almeida: "*Foi o que a reforma de 1890 teve em vista. Perante a disposição terminante dos Decrs.n.169-A e 370 daquelle anno póde affirmar-se em absoluto que não ha mais hypothecas occultas nem geraes. O principio da especialidade foi adoptado para todas as hypothecas, legaes ou convencionaes; nenhuma escapou á publicidade e á especialidade; quer isso dizer, que, ao contrario do regimen de 1864, não teem valor as hypothecas, mesmo*

No mesmo ano de 1890, são promulgados outros diplomas, denotando os esforços do Governo Provisório em regular a situação da propriedade fundiária, em garantir a segurança pelo registro — ou seja, concretizar o "*ideal da terra no bolso*", na expressão de Linhares de Lacerda[485].

Trata-se do Decreto-federal nº451-B, de 31 de maio, e do Decreto nº955-A, de 5 de novembro, que criam o Registro Torrens, inspirado na lei australiana de 1857, o *Real Property Act*[486]. O regime Torrens era *facultativo*[487], podendo ser registrado todo imóvel suscetível de hipoteca ou de ônus real; era obrigatório apenas para as alienações de terras públicas e para os imóveis urbanos situados na Capital Federal. Visava, fundamentalmente, a obtenção de um título dominial seguro e indestrutível — ou seja, de uma "propriedade absoluta e indisputável"[488].

---

de mulheres casadas, menores e interdictos, que não forem inscriptas no registro com declaração do valor certo e determinado da responsabilidade garantida e do immovel ou dos immoveis dados em garantia; — por outras palavras — *sem publicidade e especialidade — no rigoroso sentido e em toda a extensão destes vocábulos*" (LACERDA DE ALMEIDA. *Direito*... v.2. p.161-162).

485 LINHARES DE LACERDA. *Tratado*... p.380.

486 Para Lígia Osório Silva, "*A adoção do Registro Torrens retomava a questão da transcrição pública dos títulos de propriedade, aventada no Império (decretos de Itaboraí) mas que não tivera continuidade*" (SILVA. *Terras devolutas*... p.233).

487 Tratou-se de concessão aos senhores rurais, conforme Lígia Osório Silva (SILVA. *Terras devolutas*... p.235).

488 Na Exposição de Motivos do Decreto 451-B, declarava-se o fim da instituição do Registro Torrens: "*1º. Instituição de um processo expurgatório, destinado a precisar a propriedade, delimitá-la, e fixar de modo irrevogável, para com todos, os direitos do proprietário, autenticando-os em um título público. 2º. Criação de um sistema de publicidade hipotecária adequado a patentear exatamente a condição jurídica do solo, com os direitos reais e gravames que o onerarem. 3º. Mobilização de propriedade territorial mediante um conjunto de alvitres, convergentes a assegurar a transmissão pronta dos imóveis, a constituição fácil das hipotecas e a cessão delas por via do endosso.* ". A respeito do título dominial: "*Este documento goza, no sistema Torrens, de um valor supremo contra tôdas as impugnações ulteriores. Uma vez assegurada assim, a propriedade torna-se absoluta e indisputável. O Estado afiança a certeza jurídica do certificado, provendo, mediante indenização pecuniária, às reclamações que de futuro se possam levantar fundadamente contra a legitimidade dos direitos do possuidor do título conferido pelo registro Torrens. 'O proprietário de um título inscrito', observa o professor Gide, 'não tem que se inquietar com o passado'. Os adquirentes, como os credores hipotecários, acham-se igualmente garantidos*". (grifamos) (*apud* LINHARES DE LACERDA. *Tratado*... p.384-386).

489 Como, p. ex., Silva Costa (In: Revista de Direito civil, comm. e criminal, v.60, 1921, p.450).

490 In: Revista O *Direito*, v. 69, p.191.

491 "*Fundos de garantia do Registro Torrens, importância das porcentagens e multas, a que se referem os artigos 60 e 61 do Decreto nº451-B de 31 de maio de 1890, que está e continua em vigor*" (*apud* LINHARES DE LACERDA, op. cit. p.382). O dispositivo da citada lei orçamentária foi criticado por Bevilacqua: "*É curioso esse modo de legislar. O Codigo Civil regula a organização da propriedade immovel, segundo um determinado systema e declara revogadas as leis concernentes ás matérias do direito civil, por elle reguladas. Sorrateiramente, uma lei de orçamento manda considerar vigente uma dessas leis, que organiza a propriedade immovel sobre outras bases. De modo que temos hoje dois systemas de propriedade immovel: o commum regulado pelo Codigo Civil, e o Torrens, onde o instituíram, com todas as suas facilidades*" (BEVILACQUA, Clóvis. *Codigo civil commentado*. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938. v.3. p.64). O art. 457 do Código de Processo Civil de 1939 fazia menção ao Torrens, que permanecia em vigor, apesar das disposições do Código Civil.

Após a Constituição de 1891 muitos juristas defenderam a inconstitucionalidade do Torrens[489], tendo-a declarado o Supremo Tribunal em acórdão de 3 de agosto de 1895[490]. Porém, o Decreto de 31 de dezembro de 1917, lei orçamentária, reafirmou a vigência do Torrens[491], logo após a promulgação do Código Civil, que pretendera bani-lo.

Laura Beck Varela, Das Sesmarias à Propriedade... 2005

É o Código Civil de 1916 que cria o registro de imóveis em sentido amplo, aproveitando o registro geral organizado em virtude da reforma hipotecária, limitando-se, nas palavras de Bevilacqua, a aperfeiçoá-lo[492]. Trabalhou o legislador do Código sobre as bases legais e doutrinárias, na medida em que consagrou o entendimento de Teixeira de Freitas e Lafayette, inúmeras vezes citados[493]. A transcrição passou, destarte, de mera formalidade, complementar à legislação hipotecária, a verdadeiro *modo de aquisição da propriedade*.

Condição de uma propriedade que se diz absoluta é, precisamente, a eficácia *erga omnes*, e não meramente entre as partes, dos atos relativos à transmissão do domínio e à constituição de gravames. Outra condição a esta eficácia *erga omnes* é a segurança a respeito do "estado civil da propriedade imobiliária"[494], que o registro predial pretende suprir.

São estas as diversas *pedras* que se estruturam na base de uma nova ordem jurídico-proprietária: a proibição das ocupações, a definição legal das terras devolutas e seu correlato afastamento do fundamento do cultivo — exigência da distinção entre o domínio público e o particular —, a criação dos sistemas hipotecário e registral, fundados sobre uma certa concepção da transcrição como *modus adquirendi*[495].

492 BEVILACQUA. *Direito...* v.2. §212, p.367-368.

493 BEVILACQUA. *Codigo...* v.3, p. 58 et seq.; *Observações para esclarecimento do Projecto de Codigo Civil Brazileiro"*, in *Trabalhos da Comissão*, v. I, p. 36-37; *Trabalhos da Comissão*, v. IV, p. 217 et seq.; v. V, p.228-234, 238-240.

494 A expressão é de Meulenaere, referindo-se ao sistema germânico (cit. por VEIGA. *Direito*...p.293).

495 Procurou-se ilustrar o processo que envolveu amplo debate doutrinário e culminou com a adoção de uma das técnicas jurídicas conhecidas sobre o sistema registral.

Todos estes elementos — disposições legislativas e contribuições doutrinárias, vestes jurídicas do processo de mercantilização do patrimônio imobiliário — convergem na elaboração do diploma central do direito civil. Mercantilização e absolutização da propriedade — já referimos alhures — são os dois reversos de um mesmo processo. Para uma adequada compreensão deste processo, outro aspecto crucial a merecer atenção é o do *conceito de domínio* que viria a ser consagrado pelo Código Civil — suas influências européias, a assimilação e as originalidades da doutrina brasileira, as quais são objeto do item que segue.